

Asunto C-545/19**Petición de decisión prejudicial:****Fecha de presentación:**

17 de julio de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Tribunal Arbitral Tributário (Centro de Arbitragem Administrativa — CAAD) (Portugal) (Tribunal Arbitral Tributario (Centro de Arbitraje Administrativo — CAAD)

Fecha de la resolución de remisión:

9 de julio de 2019

Parte demandante:

ALLIANZGI-FONDS AEVN

Parte demandada:

Autoridade Tributária e Aduaneira (Administración Tributaria y Aduanera)

CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA

CAAD: Arbitraje tributario

[*omissis*]

Objeto: Impuesto sobre Sociedades – Tributación de los dividendos percibidos por instituciones de inversión colectiva con domicilio en otro Estado miembro de la Unión Europea (Alemania) – Artículo 22 del Estatuto dos Benefícios Fiscais (Estatuto de los Beneficios Fiscales; en lo sucesivo, «EBF»).

LAUDO ARBITRAL

[Petición de decisión prejudicial — artículo 267 TFUE, letra a)]

El presente procedimiento de arbitraje tiene por objeto dilucidar la compatibilidad con las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) de una normativa nacional que, en virtud del artículo 22 [*omissis*] del EBF, exime del impuesto sobre sociedades los dividendos distribuidos por

entidades establecidas en Portugal y percibidos por instituciones de inversión colectiva con domicilio en dicho país que se hayan constituido y operen con arreglo a la legislación portuguesa, mientras que, de conformidad con los artículos 3, apartado 1, letra d), 4, [omissis] [apartados 2] y [omissis] 3, letra c), 87, apartado 4, y 94, apartado 1, letra c), apartado 3, letra b), apartado 5 y apartado 6, del Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (Código del impuesto sobre sociedades), tributan al 25 %, mediante retención en la fuente con carácter definitivo, los dividendos distribuidos por entidades residentes a instituciones de inversión colectiva con domicilio en otro Estado miembro [omissis] de la Unión Europea ([omissis] UE) —en el presente asunto, Alemania—, y que, por tanto, no están constituidas con arreglo a la legislación nacional.

La parte demandante, **ALLIANZGI-FONDS AEVN**, institución de inversión colectiva constituida con arreglo a la legislación alemana, con número de identificación fiscal portugués 712171860, con domicilio [omissis] [en] Alemania, representada por la sociedad gestora ALLIANZ GLOBAL INVESTORS GMBH, con domicilio social en el mismo lugar, presentó [omissis] contra la Autoridade Tributária e Aduaneira (Administración Tributaria y Aduanera) una demanda [de arbitraje] dirigida a que se declararan contrarios a Derecho y se anularan los actos de retención en la fuente en concepto del impuesto sobre sociedades correspondientes a los ejercicios 2015 y 2016 por infringir la ley, dado que, en su opinión, las disposiciones nacionales aplicables contravienen [omissis] [radicalmente] lo dispuesto en el artículo 63 [omissis] TFUE y violan el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad consagrado en el artículo 18 [omissis] TFUE.

Alegaciones de las partes:

La parte demandante formula, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Los dividendos se consideran ingresos procedentes de rendimientos financieros a tenor de lo dispuesto en el artículo 20, apartado 1, letra c), del Código del impuesto sobre sociedades.

De conformidad con la normativa nacional, todos los dividendos que una sociedad residente distribuya a un sujeto pasivo que también resida en Portugal están sujetos a una retención en la fuente del 25 % en concepto del impuesto devengado.

Sin embargo, en lo que respecta a las instituciones de inversión colectiva constituidas con arreglo a la legislación nacional, cuando se produjeron los hechos imposables tales instituciones estaban exentas del impuesto sobre sociedades en relación con los dividendos obtenidos, de conformidad con el artículo 22, apartado 3, del EBF, en su redacción resultante del Decreto-ley n.º 7/2015, de 13 de enero, aplicable a los rendimientos obtenidos a partir del 1 de julio de 2015.

La constitución de un fondo de inversión de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional (Regime Geral dos OIC [Régimen general de las instituciones de inversión colectiva], aprobado mediante la Ley n.º 16/2015, modificada por el Decreto-ley n.º 124/2015, de 7 de julio) requiere que el fondo de inversión tenga su residencia en Portugal, lo cual excluye que una institución de inversión colectiva residente en otro [omissis] [Estado miembro] de la Unión pueda constituirse con arreglo a la legislación nacional y beneficiarse de la exención prevista en el artículo 22 del EBF.

La constitución de una institución de inversión colectiva no está sujeta en Portugal a la autorización previa de la Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (Comisión del Mercado de Valores Mobiliarios; en lo sucesivo «CMVM»), en los términos previstos en el artículo 19, apartado 1, del Régimen general de las instituciones de inversión colectiva, pero debe cumplir numerosos requisitos, bajo la supervisión de la CMVM, lo que no ocurre en el caso de las instituciones de inversión colectiva constituidas en virtud de la legislación de [omissis] otros [Estados miembros] [omissis] de la Unión, instituciones estas últimas que están sometidas en sus respectivos países a las facultades de supervisión de la correspondiente autoridad reguladora.

En los ejercicios 2015 (a partir de julio) y 2016, una institución de inversión colectiva constituida de conformidad con el Régimen general de las instituciones de inversión colectiva que percibiera dividendos abonados por sociedades domiciliadas en Portugal estaba sujeta a un régimen fiscal más favorable que el que resultaba aplicable a una institución de inversión colectiva constituida con arreglo a la legislación de cualquier otro [omissis] [Estado miembro] de la Unión que percibiera dividendos de origen portugués.

Este hecho asume mayor importancia por lo que respecta a la parte demandante, que no puede obtener en su Estado de residencia (Alemania) la devolución del impuesto retenido en la fuente (Portugal) al tener estatuto de entidad exenta de tributación.

Tal como se declaró en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada en el asunto [omissis] C-35/98, Verkooijen, los dividendos abonados al demandante por sociedades residentes en Portugal pueden calificarse como un movimiento de capitales en el sentido del artículo 63 TFUE y de la Directiva 88/361/CEE, de 24 de junio.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la luz del Derecho de la Unión, resultan pertinentes a efectos de apreciar una discriminación los siguientes criterios: i) las situaciones comparables no pueden ser tratadas de forma diferente, salvo que la diferenciación esté objetivamente justificada y sea proporcional al objetivo que persigue la normativa nacional ([omissis] Ruckdeschel, [omissis] 16/77, [omissis]; [omissis] Bachmann, [omissis] 204/90); ii) una apariencia de discriminación formal puede corresponder en realidad a una falta de discriminación material ([omissis]13/63,

[Comisión/Italia] [omissis]); iii) toda discriminación por razón de la nacionalidad está prohibida, pues restringe las libertades fundamentales previstas en el TFUE, de modo que tal prohibición comprende toda forma de discriminación y cualquier otro criterio de distinción que pueda conducir al mismo resultado (sentencia Commerzbank, [omissis] C-330/91), y iv) a efectos de determinar si una norma interna es discriminatoria no es necesario que la misma afecte, en la práctica, a un porcentaje considerablemente más importante de nacionales de otros Estados miembros ([omissis] O'Flynn, [omissis] C-237/94, 1996, [omissis]).

De la jurisprudencia de la Unión se desprende que la prohibición general prevista en el artículo 63 TFUE abarca tanto las restricciones directas como las indirectas, incluidas las medidas y prácticas administrativas en relación con cualquier tipo de inversión.

En el caso concreto, cabría inclinarse a pensar, según la parte demandante, que, al no ser una entidad constituida en Portugal, no se encuentra en una situación comparable a la de una institución de inversión colectiva nacional. No obstante, argumenta la parte demandante, lo que está en cuestión es un trato discriminatorio a efectos de la libre circulación de capitales y del propio acceso al mercado de capitales basado en el criterio de la nacionalidad, de modo que, a tal efecto, la parte demandante y las instituciones de inversión colectiva establecidas en Portugal sí se encuentran en situaciones comparables.

A pesar de que la legislación nacional no pretende establecer ninguna medida dirigida a combatir los abusos, la parte demandante considera que tal legislación le impide de hecho beneficiarse de la exención del impuesto sobre sociedades, toda vez que legalmente no puede constituir un fondo de inversión en Portugal al no estar su sociedad gestora domiciliada en este país.

De lo anterior resulta un trato discriminatorio y una clara restricción a la libre circulación de capitales prohibida por el artículo 63 TFUE y por el artículo 1 de la Directiva 88/361, toda vez que la parte demandante en el presente litigio tributa en Portugal por los dividendos percibidos en este país, mientras que las instituciones de inversión colectiva constituidas con arreglo a la ley portuguesa están exentas de tributación por esos mismos rendimientos (véanse las sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en los asuntos C-338/11 a C-347/11 — [omissis] Santander Asset Management SGIIC, S.A. y C-480/16 — [omissis] Fidelity Funds).

En este sentido, la parte demandante considera que la disposición recogida en el artículo 22 del EBF [omissis] resulta contraria al Derecho de la Unión Europea en la medida en que choca con las disposiciones del TFUE relativas al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y a la libre circulación de capitales previstas en su artículo 63.

Por su parte, la Administración Tributaria y Aduanera alega lo siguiente:

La parte demandante ha omitido dos aspectos de gran importancia a efectos de definir de forma exhaustiva el marco tributario de las instituciones de inversión colectiva:

- el primero de ellos guarda relación con la opción del legislador de «aliviar» la carga tributaria de los sujetos pasivos de que se trata en concepto del impuesto sobre sociedades, deduciendo de la base imponible los rendimientos que suelen percibir las instituciones de inversión colectiva, es decir, los rendimientos de capital (artículo 5 del Código del impuesto sobre sociedades), las rentas inmobiliarias (artículo 8 de dicho Código) y las plusvalías (artículo 10 del mismo Código), conforme a lo establecido en el artículo 22, apartado 3, del EBF, y previendo además una exención del tramo municipal del impuesto sobre sociedades y del recargo estatal, según lo dispuesto en el artículo 22, apartado 6, del EBF, trasladando la tributación al ámbito del impuesto sobre actos jurídicos documentados (en la tarifa general de este último impuesto se incluyó la partida 29, que prevé una tributación trimestral a un tipo de gravamen igual al 0,0025 % del valor neto contable de las instituciones de inversión colectiva que operan con instrumentos del mercado monetario y depósitos, y a un tipo de gravamen igual al 0,0125 %, del valor neto contable de las restantes instituciones de inversión colectiva, siendo así que, en este caso, la base imponible puede incluir dividendos distribuidos y solo afecta a las instituciones de inversión colectiva comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 22 del EBF, quedando excluidas las instituciones de inversión colectiva constituidas con arreglo a una legislación extranjera y que operan con sujeción a la misma);
- el segundo aspecto omitido guarda relación con la tributación específica, con arreglo al artículo 88 [omissis], apartado 11, del Código del impuesto sobre sociedades y al artículo 22 [omissis], apartado 8, del EBF, a un tipo de gravamen del 23 %, de los dividendos abonados a instituciones de inversión colectiva con domicilio en Portugal, cuando las participaciones en relación con las cuales se hayan percibido tales ingresos 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.

En cuanto al régimen fiscal de los fondos de inversión constituidos en Alemania hasta el 31 de diciembre de 2017, la Administración tributaria demandada, basándose en la información extraída del sitio Deloitte tax@hand, accesible a través de: www.taxathand.com/article/9698/Germany/2018/Taxation-of-investment-fund-income-revised, alega lo siguiente:

- a) los fondos de inversión constituidos con arreglo a la legislación alemana eran tratados hasta la mencionada fecha como vehículos de inversión en régimen de transparencia fiscal, de modo que los rendimientos generados tributaban en la esfera de los inversores partícipes en el fondo de inversión en Alemania, independientemente de la distribución;

- b) los rendimientos distribuidos y los rendimientos imputados (al igual que las ganancias transitorias) se consideraban generalmente como rendimientos de capital y tributaban a un tipo fijo del 25 %, incrementado con un recargo de solidaridad y, cuando resultaba aplicable, con el impuesto eclesiástico, a un tipo máximo del 28,625 %, y el fondo de inversión estaba obligado a publicar informes diarios y anuales con información relevante desde el punto de vista fiscal.

En consecuencia, la Administración Tributaria estima que los regímenes fiscales aplicables a las instituciones de inversión colectiva constituidas con arreglo a la legislación nacional portuguesa y a aquellas constituidas y establecidas en Alemania no son genéricamente comparables [*omissis*], dado que las primeras tributan en el marco del impuesto sobre sociedades por unos beneficios imponibles que incluyen rendimientos marginales y su tributación se enmarca principalmente en el impuesto sobre actos jurídicos documentados, mientras que las segundas estaban exentas del impuesto sobre los rendimientos y, al parecer, también de otros impuestos.

Asimismo, [*omissis*] no ha quedado acreditado que, aunque la parte demandante no pueda obtener en su Estado de residencia (Alemania) la devolución del impuesto retenido en la fuente (Portugal), a consecuencia de su condición de entidad exenta de tributación, la parte del impuesto no devuelta al fondo de inversión no pueda ser recobrada por los inversores partícipes.

La finalidad del artículo 63 [*omissis*] TFUE [*omissis*] es garantizar la libre circulación de capitales tanto dentro del mercado interior europeo como entre este mercado y los países terceros, quedando prohibida toda restricción o discriminación resultante de dispensar, en virtud de las disposiciones de la legislación nacional, un trato fiscal diferenciado a las entidades de [otros Estados miembros] [*omissis*] o de terceros países que cree unas condiciones económicas más perjudiciales para tales entidades y pueda disuadirlas de invertir en Portugal.

En el presente caso, prosigue la Administración Tributaria, no cabe afirmar que se esté en presencia de situaciones comparables desde el punto de vista objetivo, dado que la tributación de los dividendos opera conforme a dos mecanismos distintos y nada apunta a que la carga fiscal que grava los dividendos percibidos por las instituciones de inversión colectiva comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 22 [*omissis*] del EBF [*omissis*] sea más reducida que la carga fiscal que recae sobre los dividendos que la parte demandante percibe en Portugal.

Lo que existe es una apariencia de discriminación en la forma de tributar los dividendos distribuidos por sociedades residentes a instituciones de inversión colectiva no residentes, pero que no corresponde a una discriminación material.

La Administración Tributaria concluye que, a pesar de que el régimen fiscal aplicable a las instituciones de inversión colectiva constituidas con arreglo a la

legislación nacional prevé la exención de los dividendos distribuidos por sociedades residentes, tal régimen fiscal no excluye que esos rendimientos tributen, bien de forma específica (impuesto sobre sociedades), bien en el marco del impuesto sobre actos jurídicos documentados, ya que esos mismos rendimientos se integran en el valor neto contable de las referidas instituciones de inversión colectiva, de modo que no cabe afirmar que la situación en la que se encuentran aquellas instituciones de inversión colectiva y la situación de los fondos de inversión constituidos y establecidos en otros [Estados miembros] [omissis] que perciben dividendos de origen portugués sean sustancialmente comparables desde el punto de vista objetivo.

Hechos

Una vez analizada la prueba documental aportada a los autos, se consideran probados, con el acuerdo de las partes, los siguientes hechos:

1. La parte demandante es una institución de inversión colectiva constituida mediante un contrato en virtud de la legislación alemana, que está domiciliada en Alemania y es gestionada por una sociedad gestora de fondos de inversión, con domicilio social asimismo en Alemania. Por otra parte, está sujeta en Portugal al impuesto sobre sociedades como no residente y sin establecimiento permanente en este país.
2. Se trata de un fondo de inversión abierto, de carácter autónomo, basado en un contrato entre la sociedad gestora, los inversores y el banco responsable del depósito de los valores mobiliarios, que tiene exclusivamente por objeto la administración, gestión e inversión de su patrimonio.
3. Al no tener forma de sociedad, el fondo de inversión demandante no está sujeto a ninguna obligación de inscripción en el Registro Mercantil alemán, de modo que no puede ser titular de derechos y obligaciones;
4. De conformidad con las disposiciones del Derecho alemán que lo regulan, los activos del fondo de inversión se mantienen en régimen de copropiedad con los inversores; la sociedad gestora invierte en su propio nombre el capital del fondo.
5. Las participaciones que adquieren los inversores no les confieren derechos de voto o facultades de disposición de los activos de la institución de inversión colectiva demandante, potestad que incumbe en exclusiva a la sociedad gestora, y los inversores únicamente tienen derecho a percibir los correspondientes dividendos o a solicitar el reembolso del valor de las participaciones en cualquier momento.
6. Tanto el fondo de inversión demandante como su sociedad gestora están sujetos a la supervisión de la Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).
7. La parte demandante es una institución de inversión colectiva residente en Alemania a efectos fiscales y está sujeta en ese país al impuesto de sociedades,

aunque exenta del mismo de conformidad con el artículo 1, apartado 1, del Código del impuesto sobre sociedades alemán —«German Corporate Income Tax»— y con el artículo 11, apartado 1,2, del Código fiscal de inversión alemán —«German Investment Tax Act»—, lo que le impide recuperar los impuestos soportados en el extranjero en forma de crédito fiscal por doble imposición internacional o solicitar la devolución de dichos impuestos.

8. Durante los ejercicios 2015 y 2016, la parte demandante era titular de participaciones en diversas sociedades residentes en Portugal, depositadas en BNP Paribas Securities Services, entidad esta última responsable de la custodia de los títulos poseídos en Portugal.
9. Los dividendos que la parte demandante percibió en los ejercicios 2015 y 2016 tributaron mediante retención en la fuente con carácter definitivo a un tipo de gravamen del 25 %, de conformidad con el artículo 87, [omissis] [apartado] 4, letra c), del Código del impuesto sobre sociedades, por un importe total de 39 371,29 euros, abonados al Estado en virtud de las declaraciones n.º 80447153102 (diciembre de 2015) y n.º 80460582763 (mayo de 2016).
10. En lo que respecta al ejercicio 2015, la parte demandante obtuvo la devolución de un importe igual a 5 065,98 euros, con arreglo al Convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Portugal y Alemania, Convenio en el que se establece un tipo de gravamen del 15 % para la tributación de los dividendos.
11. El 29 de diciembre de 2017, la parte demandante interpuso un recurso administrativo contra los actos por los que se practicó la retención en la fuente en concepto de impuesto sobre sociedades en relación con los ejercicios 2015 y 2016, recurso en el que solicitó la anulación de tales actos por vulnerar de forma directa el Derecho de la Unión, así como que se le reconociera el derecho a la devolución del impuesto soportado indebidamente en Portugal.
12. La resolución denegatoria del recurso administrativo fue notificada a la parte demandante el 13 de noviembre de 2018.
13. La demanda [omissis] [de arbitraje] fue recibida en el CAAD el 12 de febrero de 2019.
14. La parte demandante solicita la anulación de los actos de retención en la fuente por el importe restante, es decir, 34 305,31 euros.

Normativa fiscal portuguesa pertinente a efectos de la resolución del litigio en vigor en el momento de los hechos:

– Estatuto de los Beneficios Fiscales

«Artículo 22 – Instituciones de inversión colectiva

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 imposables, no se tendrán en cuenta los rendimientos a que se refieren los artículos 5, 8 y 10 del Código del impuesto sobre sociedades, salvo que tales rendimientos procedan de entidades que tengan su residencia o domicilio en un país, territorio o región sujetos a un régimen fiscal significativamente más favorable, que figuren en la lista aprobada mediante Orden del miembro del Gobierno competente en materia de finanzas y Hacienda, ni los gastos relacionados con tales rendimientos o previstos en el artículo 23 –A del Código del impuesto sobre sociedades, así como tampoco los rendimientos —incluidos los descuentos— y los gastos relativos a comisiones de gestión u otro tipo de comisiones abonadas a las entidades mencionadas en el apartado 1.

[...]

6 – Las entidades mencionadas en el apartado 1 estarán exentas del pago del tramo municipal y del recargo estatal [del impuesto sobre sociedades].

7 – A las fusiones, escisiones o suscripciones con contraprestación en especie en las que intervengan las entidades mencionadas en el apartado 1, incluidas las que carezcan de personalidad jurídica, les resultarán aplicables, mutatis mutandis, los artículos 73, 74, 76 y 78 del Código del impuesto sobre sociedades, debiéndose aplicar a las suscripciones con contraprestación en especie el régimen de la aportación de activos previsto en el artículo 73, apartado 3, del mismo Código.

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.

[...]

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

[...]

14 – Lo dispuesto en el apartado 7 se aplicará a las operaciones mencionados en dicho apartado en las que intervengan entidades cuya sede, dirección efectiva o domicilio social se encuentre en territorio portugués o en otro Estado miembro de

la Unión Europea, o bien en el Espacio Económico Europeo, siempre que, en este último caso, exista una obligación de cooperación administrativa en materia de intercambio de información y de asistencia en la recaudación equivalente a la que existe en la Unión Europea.

15 – Las entidades gestoras de las sociedades o fondos de inversión mencionados en el apartado 1 responderán solidariamente de las deudas tributarias de las sociedades o fondos de inversión cuya gestión tengan encomendada.

[...].»

– Código del Impuesto sobre Sociedades

«*Artículo 3 – Base imponible*

1 – El impuesto sobre sociedades gravará:

[...]

d) los rendimientos de las categorías que computan a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, así como los incrementos patrimoniales obtenidos a título gratuito por las entidades indicadas en la letra c) del apartado 1 del artículo anterior que no dispongan de un establecimiento permanente o que, disponiendo de él, no puedan imputarlos a dicho establecimiento.

[...].»

«*Artículo 4 – Alcance de la obligación tributaria*

[...]

2 – Las personas jurídicas y otras entidades que no tengan ni su domicilio ni la sede de dirección efectiva en territorio portugués estarán sujetas al impuesto sobre sociedades solamente en lo que respecta a los rendimientos que obtengan en dicho territorio.

3 – A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se considerarán obtenidos en territorio portugués los rendimientos imputables a un establecimiento permanente situado en dicho territorio, así como los rendimientos que, sin cumplir este requisito, se indican a continuación:

[...]

c) los rendimientos relacionados a continuación cuyo pagador tenga su residencia, domicilio o la sede de dirección efectiva en territorio portugués o cuyo pago sea imputable a un establecimiento permanente situado en dicho territorio:

[...]

3) otros rendimientos de capital;

[...]

«Artículo 87 – Tipos de gravamen

[...]

4 – Será del 25 % el tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades aplicable a los rendimientos de entidades que no tengan ni su domicilio ni la sede de dirección efectiva en territorio portugués o que no dispongan en este territorio de un establecimiento permanente al que puedan imputarse tales rendimientos [...].»

«Artículo 88 – Tipos de gravamen específicos

[...]

11 – 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.

[...]»

Artículo 94 – Retención en la fuente

1 – Se practicará una retención en la fuente en concepto de impuesto sobre sociedades respecto de los siguientes rendimientos obtenidos en territorio portugués:

[...]

c) rendimientos de capital no comprendidos en las letras anteriores y rentas inmobiliarias, tal como dichos conceptos se definen a efectos del impuesto sobre la renta de las personas físicas, cuando el deudor de aquellos rendimientos y rentas sea sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades o cuando constituyan un gasto relativo a la actividad empresarial o profesional de sujetos pasivos del impuesto sobre la renta de las personas físicas que lleven contabilidad o estén obligados a llevarla;

[...]

3 – Las retenciones en la fuente tienen naturaleza de pago a cuenta del impuesto, excepto en los supuestos que se enumeran a continuación, en los que tendrán carácter definitivo:

[...]

b) cuando el titular de los rendimientos, excepción hecha de las rentas inmobiliarias, sea una entidad no residente que no disponga de un establecimiento permanente en territorio portugués o que, disponiendo de él, no se puedan imputar los rendimientos a dicho establecimiento.

[...]

5 – Quedarán excluidas del apartado anterior las retenciones que, de conformidad con el apartado 3, tengan [omissis] carácter definitivo, a las que se aplicarán los tipos de gravamen previstos en el artículo 87.

6 – La obligación de practicar la retención en la fuente en concepto de impuesto sobre sociedades nace en la fecha en la que esté prevista una obligación idéntica en el Código del impuesto sobre la renta de las personas físicas o, en su defecto, en la fecha en la que los rendimientos se pongan a disposición del beneficiario, debiendo abonarse al Estado las cantidades retenidas antes del día 20 del mes siguiente a aquel en el que hayan sido retenidas, en los términos establecidos en el Código del impuesto sobre la renta de las personas físicas o en su normativa de desarrollo.

[...]

– Código del impuesto sobre actos jurídicos documentados — Tarifa general

«29 – Valor neto contable de las instituciones de inversión colectiva comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 22 del EBF:

29.1 – instituciones de inversión colectiva que inviertan exclusivamente en instrumentos del mercado monetario y en depósitos: 0,0025 % sobre el valor neto contable por cada trimestre;

29.2 – otras instituciones de inversión colectiva: 0,0125 % sobre el valor neto contable por cada trimestre».

A la luz de todo lo anterior, este tribunal [omissis] [arbitral] unipersonal solicita [omissis] al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, con arreglo al artículo 267 [omissis] TFUE, letra a), se pronuncie sobre las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Se oponen el artículo 56 [CE] (actualmente artículo 63 TFUE), relativo a la libre circulación de capitales, o el artículo 49 [CE] (actualmente 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 instituciones de inversión colectiva no residentes en Portugal y establecidas en otros [Estados miembros] [omissis] de la Unión, mientras que las instituciones de inversión colectiva constituidas 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 las instituciones de inversión colectiva no residentes y reservar a las instituciones 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 las instituciones de inversión colectiva no residentes, toda vez que estas últimas 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 las instituciones de inversión colectiva (residentes), por un lado, y para los respectivos partícipes de instituciones de inversión colectiva, por otro lado, ¿resulta pertinente el régimen fiscal aplicable a los partícipes de las instituciones de inversión colectiva? O, habida cuenta de que el régimen fiscal de las instituciones de inversión colectiva residentes no se ve afectado o modificado en modo alguno por el hecho de que sus respectivos 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 las instituciones 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 instituciones 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 las instituciones 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 las instituciones 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 las instituciones 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 las instituciones de inversión colectiva, incluidos eventuales tributos específicos?

A la luz de la presente petición de decisión prejudicial, a la que han de adjuntarse copias de la demanda [*omissis*] [de arbitraje] y del escrito de contestación de la Administración Tributaria, se suspende el presente procedimiento de conformidad con lo dispuesto en los artículos 269, apartado 1, letra c), y 272, apartado 1, del Código de Processo Civil (Código procesal civil portugués).

Lisboa, a 9 de julio de 2019

El árbitro,
(Mariana Vargas)

DOCUMENTO DE TRABAJO