

Asunto C-602/23**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

3 de octubre de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Austria)

Fecha de la resolución de remisión:

20 de septiembre de 2023

Parte recurrente en casación:

Finanzamt für Großbetriebe (Oficina Tributaria para grandes empresas)

Con la intervención de:

Franklin Mutual Series Funds — Franklin Mutual European Fund en San Mateo

Objeto del procedimiento principal

Restricción de la libre circulación de capitales — Falta de devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital — Mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Petición de decisión prejudicial, artículo 267 TFUE

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Constituye una restricción a la libre circulación de capitales en el sentido del artículo 63 TFUE una disposición como el artículo 188 de la InvFG 2011 (Ley de Fondos de Inversión 2011), que tiene por efecto excluir en Austria de la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital a entidades extranjeras comparables a una persona jurídica constituida con arreglo al

Derecho nacional, cuando dichas entidades se corresponden materialmente con un OICVM en el sentido de la Directiva 2009/65/CE y, por tanto, no están autorizadas a operar como personas jurídicas en el territorio nacional porque en Austria para tales entidades solo se prevé la forma jurídica de un fondo común de inversión transparente?

- 2) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior: ¿Existe una situación objetivamente comparable entre, por una parte, una persona jurídica nacional que invierte sus activos de conformidad con los principios de diversificación de riesgos, pero que, debido a la inexistencia de fondos captados del público, no es un OICVM y, por tanto, está autorizada a operar como persona jurídica en el territorio nacional y, por otra, una sociedad de inversión extranjera que, debido a los fondos captados del público, sería un OICVM con arreglo a los principios nacionales y, por tanto, no estaría autorizada a operar como persona jurídica en Austria?
- 3) En caso de respuesta afirmativa a la cuestión anterior: ¿Constituye el mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria una justificación de la restricción a la libre circulación de capitales, debido a que los artículos 186 y 188 de la InvFG 2011 tienen por objeto garantizar que ni un fondo de inversión nacional ni un fondo de inversión extranjero pueda suponer un efecto de blindaje fiscal para los partícipes y que, por consiguiente, la exención del impuesto sobre los rendimientos del capital solo debe concederse a los partícipes en aquellos casos en los que Austria haya renunciado a su derecho de imposición en un convenio de doble imposición?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

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), artículo 63 TFUE

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Artículos 2, 3, 46, 186 y 188 de la InvFG 2011 (Ley de Fondos de Inversión 2011) en su versión del BGBl. I n.º 77/2011, artículo 93 EStG (Ley del Impuesto sobre la Renta) y artículo 21 KStG 1988 (Ley del Impuesto sobre Sociedades 1988)

El artículo 186 de la InvFG 2011 disponía: «1. Los beneficios distribuidos procedentes de los ingresos [...] menos los gastos correspondientes de un fondo de inversión, son rendimientos imposables para el partícipe. [...]»

El artículo 188 de la InvFG 2011 rezaba: «Las disposiciones del artículo 186 se aplicarán también a los fondos de inversión extranjeros. Se considerará como tal,

cualquiera que sea su forma jurídica, todo patrimonio regido por un Derecho extranjero que, según la ley, los estatutos o la práctica efectiva, se invierta según los principios de diversificación de riesgos. [...]»

El artículo 21, apartado 1, punto 1a, de la KStG 1988 establece:

«1a. A los sujetos pasivos por obligación real que residan en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado del Espacio Económico Europeo con el que exista una asistencia completa en materia administrativa y de recaudación se les deberá, previa solicitud, devolver el impuesto sobre los rendimientos del capital por los rendimientos que perciban, en la medida en que el impuesto sobre los rendimientos del capital no pueda ser imputado en virtud de un convenio de doble imposición en el Estado de residencia. El sujeto pasivo deberá aportar la prueba de que el impuesto sobre los rendimientos del capital no puede ser objeto de imputación total o parcial.»

Jurisprudencia de la Unión invocada

Sentencia de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249

Sentencia de 21 de junio de 2018, *Fidelity Funds y otros*, C-480/16, EU:C:2018:480

Sentencia de 20 de septiembre de 2018, *EV*, C-685/16, EU:C:2018:743

Sentencia de 4 de octubre de 2018, *Comisión/Francia (Retenciones en la fuente de los rendimientos del capital mobiliario)*, C-416/17, EU:C:2018:811

Sentencia de 7 de abril de 2022, *Veronsaajien oikeudenvolvontayksikkö (Exención de los fondos de inversión contractuales)*, C-342/20, EU:C:2022:276

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La parte interviniente es una sociedad de inversión domiciliada en los Estados Unidos. Es una «Series» (es decir, un subfondo independiente) de un trust domiciliado en los Estados Unidos (Delaware). Según la legislación estadounidense (Delaware Statutory Trust Act, 12 Del. C. artículos 3801 y siguientes), el trust es una persona jurídica independiente que puede demandar y ser demandada. En virtud del Derecho estadounidense, es propietario civil del subfondo imputable a la parte interviniente y esta es el beneficiario efectivo de dicho subfondo. Cualquier «Series» es una persona jurídica imponible con arreglo a la legislación estadounidense. Todas las rentas nacionales y extranjeras, incluidas las procedentes de las plusvalías obtenidas, están sujetas al impuesto en Estados Unidos. La imputación de rentas a los partícipes en los Estados Unidos requiere una distribución; en caso contrario, se atribuye a la «Series» (no hay

imputación de rentas en régimen de transparencia fiscal). Las «Series» disfrutaban en los Estados Unidos de una ventaja fiscal: si distribuyen al menos el 90 % de la renta imponible (excluidas las plusvalías obtenidas), tienen derecho a hacer valer la distribución a efectos fiscales. Esto permite reducir hasta cero el impuesto estadounidense sobre la renta adeudado. Según las apreciaciones no controvertidas del Bundesfinanzgericht (Tribunal Federal de lo Tributario), la parte interviniente procedió a una distribución íntegra en 2013, de modo que no tuvo que pagar el impuesto estadounidense sobre la renta.

- 2 La parte interviniente es un fondo de inversión libremente negociable que invierte principalmente en acciones cotizadas en bolsas europeas y que está sometido, en el Estado de residencia, a una autoridad de supervisión de los mercados financieros, de conformidad con un conjunto de normas comparables a la legislación europea y nacional en materia de supervisión. La gestión del fondo se lleva a cabo con arreglo a los mismos principios y criterios de inversión que los de un fondo de inversión del mismo nombre autorizado en Luxemburgo. La actividad corresponde, en todos los aspectos esenciales, a un fondo de inversión nacional y, por tanto, a un «organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios» (OICVM), tal como se define en la Directiva 2009/65/CE.
- 3 Debido a las participaciones en cartera en dos sociedades anónimas austriacas cotizadas en bolsa, durante el año natural 2013 se repartieron dividendos por importe de 387 679 euros a la parte interviniente. Las sociedades que repartieron dividendos retuvieron el impuesto sobre los rendimientos del capital del 25 % y lo abonaron a la Oficina Tributaria. El importe del impuesto retenido en la fuente ascendió en 2013 a 96 920 euros.
- 4 A petición de la parte interviniente, la Oficina Tributaria, sobre la base del convenio de doble imposición entre la República de Austria y los Estados Unidos, redujo el impuesto sobre los rendimientos del capital al 15 % y reembolsó a la parte interviniente para los partícipes residentes en Estados Unidos la diferencia (38 768 euros) respecto del impuesto sobre los rendimientos del capital retenido al 25 %. Mediante otras solicitudes, basadas en el artículo 21, apartado 1, punto 1a, de la KStG 1988, la parte interviniente pidió en su propio nombre la devolución del impuesto en la fuente restante por los mismos rendimientos del ejercicio 2013 (58 152 euros), de modo que el impuesto sobre los rendimientos del capital se redujera a cero.
- 5 La Oficina Tributaria denegó las solicitudes, alegando que la parte interviniente no era residente en el espacio UE/EEE. Mediante sentencia de 3 de octubre de 2017, el Bundesfinanzgericht también denegó la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital.
- 6 Mediante sentencia de 13 de enero de 2021, el Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) anuló dicha resolución debido a la ilegalidad de su contenido, ya que para apreciar si debe procederse a la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital, es necesario determinar, en

primer lugar, mediante una comparación de tipos si la entidad extranjera es comparable a una persona jurídica austriaca y, en un segundo momento, examinar la imputación de los rendimientos. Si solo el artículo 188 de la InvFG 2011 se opone a la imputación de los rendimientos a la entidad extranjera, ello constituye una restricción a la libre circulación de capitales, cuya justificación debe examinarse. Tras la continuación del procedimiento, el Bundesfinanzgericht concedió a la parte interviniente la devolución del impuesto sobre los rendimientos del capital controvertido. El recurso de casación de la Oficina Tributaria para grandes empresas se dirige contra esta sentencia.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 7 La Oficina Tributaria para grandes empresas sostiene, en esencia, que la comparación de tipos debe incluir el hecho de que la parte interviniente también es un fondo de inversión con arreglo a la legislación en materia de supervisión de su país de origen. En la Unión Europea, la parte interviniente estaría sujeta a autorización en virtud de la Directiva sobre OICVM. Las entidades nacionales que deban ser consideradas fondos de inversión con arreglo a la legislación en materia de supervisión y correspondan a un OICVM estaban sujetas, sin excepción, a una tributación transparente de los fondos en 2013. Lo mismo debería suceder en el caso de una entidad foránea que, en virtud de la legislación extranjera en materia de supervisión, también deba calificarse como fondo de inversión y corresponda a un OICVM. Aun suponiendo la comparabilidad, esta disposición estaría justificada por el mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria, la coherencia del sistema tributario y la prevención de los abusos.
- 8 La parte interviniente alegó, en esencia, que, si bien desde el punto de vista literal el artículo 21, apartado 1, punto 1a), de la KStG 1988 solo es aplicable a los contribuyentes sujetos por obligación real que tengan su domicilio social en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado del EEE, habida cuenta de la jurisprudencia de la Unión Europea relativa a la libre circulación de capitales según el artículo 63 TFUE, también debe concederse a las entidades jurídicas de terceros países la posibilidad de solicitar la devolución de las retenciones practicadas en origen.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 9 En virtud del artículo 2, apartado 2, de la InvFG 2011, los fondos de inversión austriacos que deben considerarse OICVM solo podían constituirse como fondos comunes de inversión a efectos de la legislación en materia de supervisión. De conformidad con el artículo 46 de la InvFG 2011, estos fondos comunes de inversión debían imputarse a los respectivos partícipes, mientras que el propio fondo común carecía de personalidad jurídica. Con arreglo al artículo 186 de la InvFG 2011, tales OICVM estaban sujetos obligatoriamente a una tributación transparente de los fondos. Esto significa que el fondo no es un sujeto tributario y que los rendimientos se atribuyen a los partícipes.

- 10 Si un fondo de inversión austriaco percibe dividendos de cartera procedentes de una participación en una sociedad de capital austriaca, los rendimientos no se imputan al fondo a efectos fiscales, sino a los partícipes. Si los partícipes no residen en Austria, se les reembolsa el impuesto sobre los rendimientos del capital conforme al convenio de doble imposición celebrado con su país de residencia.
- 11 El artículo 188 del InvFG 2011 establecía que, en el caso de los fondos de inversión extranjeros, se aplicaba siempre el artículo 186 de la InvFG 2011, es decir, la normativa relativa a la tributación transparente de los fondos, atribuyendo los rendimientos a los partícipes con independencia de su forma jurídica, si los activos sujetos al Derecho extranjero se invertían según los principios de diversificación de riesgos conforme a la ley, los estatutos o la práctica efectiva. Por lo tanto, esto también se aplicaba a las sociedades extranjeras que invertían sus activos con arreglo a los principios de diversificación de riesgos, cuando, según la comparación de tipos, eran equiparables a una persona jurídica nacional.
- 12 En cambio, las sociedades residentes, organizadas en forma de personas jurídicas, siempre se valoraban en función de su forma jurídica y tributaban con arreglo a la Ley del Impuesto de Sociedades, aun cuando, los activos se invirtieran según los principios de diversificación de riesgos conforme a la ley, los estatutos o la práctica efectiva.
- 13 En virtud de la legislación austriaca en materia de supervisión, la parte interviniente sería un OICVM y solo podría constituirse en Austria como fondo común de inversión cuyos titulares son los partícipes. Un fondo común de inversión de este tipo siempre estaba sujeto a la tributación transparente de los fondos de inversión.
- 14 El Verwaltungsgerichtshof se plantea la cuestión de si una disposición como el artículo 188 de la InvFG 2011 que, en el caso particular de los OICVM, o los fondos de inversión extranjeros equivalentes a un OICVM, garantiza que los fondos de inversión nacionales y extranjeros reciban el mismo trato fiscal, constituye una restricción a la libre circulación de capitales. Ello se debe a que la interviniente, si hubiera operado como fondo de inversión austriaco, tampoco habría podido obtener la imputación del impuesto sobre los rendimientos del capital ni la devolución de este tributo. Por lo tanto, no resulta más atractivo para un partícipe invertir en fondos de inversión nacionales en lugar de extranjeros. Ocurre precisamente lo contrario: si el artículo 188 de la InvFG 2011 también es sustituido por el Derecho de la Unión en el caso de los OICVM, resulta más atractivo invertir en un fondo de inversión extranjero en lugar de en uno nacional, ya que solo el fondo extranjero produce un efecto de blindaje.
- 15 Desde el principio, el concepto de la imposición de los fondos de inversión austriacos estuvo estrechamente vinculado al Derecho de supervisión, que no autorizaba la constitución como persona jurídica, y tenía por objeto garantizar una tributación transparente de los partícipes de los fondos de inversión nacionales y extranjeros. Esto se desprende también de la normativa común del Derecho de

supervisión y las disposiciones fiscales a partir de 1963 en una única ley (artículo 23 de la Ley de Fondos de Inversión 1963). No se consideró necesaria una regulación propia de la tributación de los fondos de inversión nacionales porque el Derecho de supervisión solo contemplaba como fondos a las entidades transparentes y, por tanto, el fondo no podía ser un sujeto tributario.

- 16 El vínculo se demuestra además en las disposiciones de la Alternative Investmentfonds Manager-Gesetzes (Ley de gestores de fondos de inversión alternativos; en lo sucesivo, «AIFMG»), que aún no resultan de aplicación en el presente procedimiento, con la que, de conformidad con la Directiva 2011/61/UE transpuesta mediante esa Ley al Derecho nacional, se autorizó la creación de determinados FIA en Austria como personas jurídicas, a diferencia de lo que ocurría hasta entonces (por ejemplo, fondos de inversión inmobiliaria). Al mismo tiempo, se modificó la tributación de los fondos de inversión en los artículos 186 y 188 de la InvFG 2011 de modo que, también en Austria, ya solo se tiene en cuenta la cuestión de si el fondo está clasificado como fondo de inversión (como OICVM o FIA) a efectos de la normativa de supervisión y, por tanto, la forma jurídica ya no es relevante. Esto garantiza que, para todos los fondos de inversión, el fondo, aunque ahora sea una persona jurídica nacional, no pueda tener un efecto de blindaje fiscal y se produzca una imposición transparente para el partícipe. Una regulación tributaria para los fondos de inversión nacionales, comparable a la del artículo 188 de la InvFG 2011, solo se hizo necesaria con la modificación del Derecho de supervisión por la AIFMG.
- 17 En este contexto, el Verwaltungsgerichtshof se pregunta si son objetivamente comparables fondos de inversión extranjeros que constituyen materialmente un OICVM y personas jurídicas que, aunque inviertan sus activos según los principios de diversificación de riesgos, no constituyen un OICVM.
- 18 En caso de que el Tribunal de Justicia afirmara que las situaciones son objetivamente comparables, habría que examinar, en opinión del Verwaltungsgerichtshof, si puede existir un motivo que justifique la restricción de la libre circulación de capitales. En particular, habría que examinar si se puede aplicar la justificación basada en el mantenimiento del reparto equilibrado de la potestad tributaria.
- 19 En virtud del Derecho austriaco, los OICVM nacionales no están exentos del impuesto sobre los rendimientos del capital. Una exención solo puede tener lugar a nivel de los partícipes. De este modo, el concepto austriaco de imposición de los fondos de inversión garantiza que los rendimientos del capital imponibles en virtud del Derecho fiscal nacional solo queden exentos del impuesto sobre los rendimientos del capital (mediante imputación o devolución) en la medida en que los partícipes de que se trate estén cubiertos por un convenio de doble imposición (entre Austria y sus países de residencia) que conceda la reducción o exención del impuesto sobre los rendimientos del capital. El artículo 188 de la InvFG 2011 garantiza del mismo modo, para los fondos de inversión extranjeros que corresponden también a un OICVM, que la exención solo se conceda en estos

casos de conformidad con los convenios de doble imposición celebrados con los países de residencia de los partícipes.

- 20 Esto resulta especialmente relevante para las personas físicas que, como partícipes, tributan por los rendimientos de participaciones nacionales y que, por regla general, solo pueden obtener un reembolso parcial del impuesto sobre los rendimientos del capital en virtud de un convenio de doble imposición. Si dichos partícipes participan en un fondo nacional, la devolución solo se efectuará en virtud de un convenio de doble imposición. Si se reconociera un efecto de blindaje a la parte interviniente, la totalidad del impuesto sobre los rendimientos del capital se devolvería al fondo y, por tanto, en definitiva, también a los partícipes, con independencia de que tuvieran derecho a un reembolso en virtud del convenio de doble imposición que les fuera aplicable.
- 21 En general, la interpretación del Derecho de la Unión relativa a estas cuestiones no parece imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna.