

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NFJ070199

**TRIBUNAL SUPREMO**

Auto de 9 de abril de 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 5822/2017

**SUMARIO:**

**Políticas y principios del Derecho Comunitario.** *Principios de equivalencia, efectividad y cooperación leal. Aplicación de la tributación de las IIC -fondos de inversión- internas a las residentes en otros Estados de la UE. Análisis de comparabilidad. IRNR. Rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente. Dividendos.* La sentencia impugnada ha interpretado y aplicado el Derecho de la Unión Europea, bien en aparente contradicción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, bien en un supuesto en que aún puede ser exigida su intervención a título prejudicial, resultando conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo que la resuelva, habida cuenta, además, de su indudable trascendencia. Se admite el recurso interpuesto con el fin de que este Tribunal determine si, con el fin de evitar un tratamiento fiscal discriminatorio restrictivo de la libre circulación de capitales y, por tanto, contrario al Derecho de la Unión Europea, los dividendos percibidos en España por OICVM no residentes sin establecimiento permanente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2010 (Trasposición de determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y modificación de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria), han de ser sometidos al mismo tipo de gravamen que el previsto para las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español. La respuesta a esta cuestión con interés casacional objetivo requerirá, lógicamente, decidir en su caso cuándo ha de entenderse producida la discriminación contraria al Derecho de la Unión Europea, cómo debe ser corregida en aplicación de los principios de equivalencia, efectividad y leal cooperación y cuál es el procedimiento tributario idóneo para lograrlo. [Vid., STSJ de Madrid, de 21 de junio de 2017, recurso n.º 137/2017 (NFJ070200), que se recurre en este auto].

**PRECEPTOS:**

Tratado de 25 de marzo de 1957 (TFUE), arts. 63, 64 y 65.  
RDLeg. 5/2004 (TR Ley IRNR), art. 25.1 f).

**PONENTE:**

*Don Emilio Frías Ponce.*

Magistrados:

Don LUIS MARIA DIEZ-PICAZO GIMENEZ  
Doña CELSA PICO LORENZO  
Don EMILIO FRIAS PONCE  
Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ  
Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR  
Doña INES MARIA HUERTA GARICANO

**TRIBUNAL SUPREMO**

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

## A U T O

Fecha del auto: 09/04/2018

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5822/2017

Materia: RENTA Y RENTA NO RESIDENTES

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Barril Roche

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por: MLLYP

Nota:

R. CASACION núm.: 5822/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Teresa Barril Roche

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

## A U T O

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente

D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor

D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano

En Madrid, a 9 de abril de 2018.

## HECHOS

### Primero.

1. El procurador don Manuel Álvarez-Buylla Ballesteros, en representación de Vanguard Investment Series, PLC, (en lo sucesivo, «Vanguard»), presentó escrito, fechado el 20 de septiembre de 2017, preparando recurso de casación contra la sentencia dictada el 21 de junio de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el procedimiento ordinario 137/2017, en asunto relativo a la solicitud de devolución del exceso de las retenciones practicadas por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (en adelante, «IRNR») a organismos de inversión colectiva de valores mobiliarios («OICVM», en lo sucesivo), residentes en otros Estados miembros como consecuencia de los dividendos distribuidos por sociedades españolas.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como normas y jurisprudencia infringidas las siguientes:

a) Los artículos 63, 64 y 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [«TFUE »] (versión consolidada en el DOUE, Serie C, número 202, de 7 de junio de 2016, página 13);

b) La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea recogida, entre otras, en las sentencias de 18 de junio de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (asunto C-303/07; EU:C:2009:377), 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC (asuntos acumulados C-338/11 a C-343/11; EU:C:2012:286) y 14 de diciembre de 2006, Denkavit Internationaal y Denkavit France (asunto C-170/05; EU:C:2006:783);

c) Los artículos 9.3, 24 y 120.3 de la Constitución Española [«CE »] (BOE de 29 de diciembre); y

d) Los artículos 33 y 67 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [«LJCA»] (BOE de 14 de julio), así como el artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [«LEC »] (BOE de 8 de enero).

3. Razona que las infracciones que imputa a la sentencia recurrida resultan determinantes del fallo, porque: (i) en primer lugar, de haber aplicado los preceptos y jurisprudencia que se entienden infringidos, la Sala de instancia hubiera rechazado que «un fondo UCITS irlandés quede sometido en relación con el cobro de unos mismos dividendos a un tipo impositivo más gravoso que el establecido para las IIC residentes en España» (sic); y (ii) en segundo lugar, el Tribunal a quo basa «la desestimación del recurso contencioso-administrativo en la falta de acreditación del cumplimiento de ciertos requisitos no exigidos por la normativa UCITS», cuando, precisamente, los mismos resultan justificados «[c]on los documentos aportados» (sic).

4. Entiende que en su recurso concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia por darse las circunstancias de las letras a), c) y f) del artículo 88.2 LJCA.

4.1. La sentencia impugnada fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas que se consideran infringidas y en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales han establecido. Cita las sentencias de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2015 (recurso 630/2013; ES:AN:2015:3072) y 31 de marzo de 2010 (recursos 14/2007, ES:AN:2010:1238; 15/2007, ES:AN:2010:1237 y 17/2007, ES:AN:2010:1236).

4.2. La sentencia recurrida afecta a un gran número de situaciones por trascender del caso objeto del proceso. Afirma que «no se trata de un supuesto excepcional ni una situación particular dada la pluralidad de fondos de inversión UCITS con inversiones en nuestro país», de ahí que, «siendo cientos los fondos no residentes (UCITS y de terceros Estados) que reciben dividendos de entidades españolas y que están viendo denegadas sus solicitudes de devolución», resulte esencial que el Tribunal Supremo «aclare cuál deba ser el alcance de la normativa y jurisprudencia de la UE en relación con esta cuestión» (sic). Añade, respecto de «la interpretación de normas procesales de aplicación generalizada (arts. 9.3, 24 y 120 CE)», que «la doctrina que pueda fijar el Alto Tribunal al respecto será susceptible de aplicación en todos aquellos casos en que un juez o tribunal desestime el recurso contencioso-administrativo con base en la falta de acreditación de alguna circunstancia respecto de la cual, sin

embargo, la parte actora haya omitido una prueba concreta omitida por el tribunal (y cuando además dicha omisión no sea subsanada en el trámite de compleción de Sentencia)» (sic).

4.3. «Vanguard» defiende que en su recurso de casación concurre también interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, porque «la controversia implica la interpretación de la normativa tributaria y de la UE» (sic).

4.3.1. Recuerda que se trata de determinar si tiene o no derecho «respecto de los dividendos percibidos en España en 2008, a la aplicación del mismo tipo de gravamen que se encuentra previsto en la normativa interna para las entidades comparables residentes en territorio español», destacando que «[d]e no tener derecho a la aplicación de la normativa interna, los fondos de inversión residentes en otros países de la Unión Europea estarían sujetos a una tributación 17 puntos porcentuales superior a la correspondiente a los fondos de inversión en España» (sic).

4.3.2. Considera evidente que «la jurisprudencia del TJUE ha establecido de manera indubitada que la libertad de circulación de capitales resulta de aplicación a una sociedad de inversión residente en otro Estado miembro», citando como ejemplo la «STJUE de 18 de junio de 2009, asunto C-303/07 , Aberdeen Property , en la que se declaró que era contrario a la libertad de establecimiento el someter a una matriz no residente tipo SICAV, a una tributación más gravosa de la que le correspondería si fuera residente en el mismo Estado miembro que la filial». Menciona también la «Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management que resuelve la cuestión prejudicial planteada al TJUE por el Tribunal administrativo de Montreuil (Francia) de 4 de julio de 2011» y que reconoció la comparabilidad entre los fondos de inversión franceses con aquellos de la UE y del Espacio Económico Europeo y, por tanto, la existencia de una discriminación no justificada al someter a los fondos extranjeros a una retención superior a la aplicada a los fondos franceses», habiéndose pronunciado también en idéntico sentido la «sentencia [del TJUE] de 25 de octubre de 2012, asunto C-387/11, Comisión Europea contra Reino de Bélgica , así como en su sentencia de 8 de noviembre de 2012, asunto C-342/10, Comisión Europea contra República de Finlandia » (sic).

4.3.3. Alude, finalmente, «como muestra de la efectiva restricción que constituía la norma española vigente a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63.1 del TFUE », la modificación introducida en la normativa española por el « artículo Cuatro.Dos de la Ley 2/2010, de 1 de marzo , por la que se transponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria (BOE de 2 de marzo de 2010, p.20226)» (sic).

## Segundo.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 16 de octubre de 2017 . Emplazadas las partes para su comparecencia ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, ambas -recurrente y recurrida- han comparecido dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA .

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Emilio Frias Ponce, .

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

### Primero.

1. El escrito de preparación fue presentado en plazo ( artículo 89 LJCA , apartado 1), la sentencia contra la que se dirige es susceptible de casación ( artículo 86 LJCA , apartados 1 y 2) y «Vanguard» se encuentra legitimada para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia ( artículo 89 LJCA , apartado 1).

2. En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifican con precisión la jurisprudencia y las normas del ordenamiento jurídico estatal y de la Unión Europea que se reputan infringidas, oportunamente alegadas en el proceso, tomadas en consideración por la Sala de instancia o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas, y se justifica que las infracciones que se imputan a la sentencia recurrida han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado [ artículo 89.2 LJCA , letras a), b), d) y e)].

3. El repetido escrito fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia porque la sentencia impugnada fija, para supuestos sustancialmente iguales, una doctrina contradictoria con la establecida por otros órganos jurisdiccionales [ artículo 88.2.a) LJCA ], que puede afectar a un gran número de situaciones [ artículo 88.2.c) LJCA ], e interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [ artículo 88.2.f) LJCA ], justificándose especialmente la conveniencia de un pronunciamiento de este Tribunal Supremo [ artículo 89.2.f) LJCA ].

#### Segundo.

1. De las dos infracciones que se identifican en el escrito de preparación, esta Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo aprecia, tal y como se detalla en el razonamiento jurídico cuarto de este auto, la presencia de interés casacional objetivo en la primera de ellas, la de los artículos 63 , 64 y 65 TFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la recurrente identifica, lo que determina la admisión a trámite de este recurso de casación para la formación de jurisprudencia e impone la obligación de precisar la cuestión o cuestiones que presentan interés casacional objetivo e identificar la norma o normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación [ artículo 90.3, letra a ) , y 4, LJCA ].

2. La infracción de los artículos 9.3 , 24 y 120.3 CE , 33 y 67 LJCA y 218 LEC carece de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia por cuanto que la doctrina de esta Sala sobre la incongruencia omisiva y la valoración de la prueba es sobradamente conocida, no necesitando de matización, concreción o precisión en relación con la eventual infracción de esos preceptos que en este supuesto se denuncian. Al ser esto así, la sentencia recurrida podrá haber incurrido o no en la incongruencia que se le achaca, pero la eventual vulneración de los preceptos invocados por la mercantil recurrente carece de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, ni lo adquiere por la hipotética lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, puesto que, si así se entendiera por esta Sala, cualquier vicio de incongruencia que se imputase a la resolución judicial impugnada presentaría interés casacional objetivo, consecuencia que con toda evidencia no está en la mens legislatoris.

#### Tercero.

1. El debate en la instancia giró en torno a si «Vanguard» tenía o no derecho, «respecto de los dividendos percibidos en España en el ejercicio 2008, a devolución de las retenciones y a la aplicación del mismo tipo de gravamen que [el] previsto en la normativa interna para las entidades comparables residentes en territorio español» (FJ 3º de la sentencia recurrida).

2. La Sala a quo desestima el recurso interpuesto por «Vanguard», basándose, entre otras, en las sentencias de su Sección 5ª de 7 de julio de 2015 (recursos 1107/2013 , ES:TSJM:2015:8210 y 1009/2013, ES:TSJM:2015:8207 ) y 7 de septiembre de 2016 (recurso 1012/2013; ES:TSJM :2016:9332).

3 Considera que la demandante en la instancia «no ha acreditado ser objetivamente comparable con las IIC españolas», sin que el certificado emitido por el Banco Central de Irlanda ni la copia de la traducción jurada del denominado por aquella folleto informativo sirvan a tales efectos, puesto que «[l]a comparación ha de hacerse, no con las pautas generales que resultan de las directivas comunitarias que han regulado la materia, sino con los requisitos concretos que marca la legislación española, cuya concurrencia en el caso de autos no ha sido acreditada, lo que impide el acceso al régimen fiscal español de las IIC residentes» (FJ 3º).

4. La entidad recurrente entiende que con esta decisión, la sentencia recurrida vulnera los artículos 63 , 64 y 65 TFUE , relativos a libre circulación de capitales, porque la sentencia recurrida confirma «la aplicación de un tipo impositivo más gravoso para vehículos de inversión no residentes en España en comparación con el tratamiento que esos mismos dividendos recibirían en caso de distribuirse a Instituciones de Inversión Colectiva ("IIC") residentes», cuando dichos vehículos, «por su propia naturaleza y regulación conjunta, resultan esencialmente idénticos a los fondos de inversión españoles» (sic).

**Cuarto.**

1. El recurso de casación preparado por «Vanguard» plantea una cuestión jurídica con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, al darse la circunstancia del artículo 88.2.f) LJCA , puesto que la sentencia impugnada ha interpretado y aplicado el Derecho de la Unión Europea, bien en aparente contradicción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, bien en un supuesto en que aún puede ser exigida su intervención a título prejudicial, resultando conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo que la resuelva, habida cuenta, además, de su indudable trascendencia. Dicha cuestión consiste en:

Determinar si, con el fin de evitar un tratamiento fiscal discriminatorio restrictivo de la libre circulación de capitales y, por tanto, contrario al Derecho de la Unión Europea, los dividendos percibidos en España por OICVM no residentes sin establecimiento permanente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria, han de ser sometidos al mismo tipo de gravamen que el previsto para las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español.

2. La respuesta a esta cuestión con interés casacional objetivo requerirá, lógicamente, decidir en su caso cuándo ha de entenderse producida la discriminación contraria al Derecho de la Unión Europea, cómo debe ser corregida en aplicación de los principios de equivalencia, efectividad y leal cooperación y cuál es el procedimiento tributario idóneo para lograrlo.

**Quinto.**

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA , en relación con el artículo 90.4 LJCA , procede admitir el recurso de casación preparado por «Vanguard», cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, la cuestión señalada en el punto 1 del anterior razonamiento jurídico.

2. Las normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación son el artículo 25.1.f) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en conexión con los artículos 63 , 64 y 65 TFUE y los principios de equivalencia, efectividad y cooperación leal que se plasman en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Sexto.**

Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA , este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

**Séptimo.**

Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA , y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA , remitiéndolas a la Sección Segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

**La Sección de Admisión acuerda:**

1º) Admitir el recurso de casación tramitado con el número RCA/5822/2017, preparado por la entidad Vanguard Investment Series, PLC, contra la sentencia dictada el 21 de junio de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el procedimiento ordinario 137/2017.

**2º)** La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Determinar si, con el fin de evitar un tratamiento fiscal discriminatorio restrictivo de la libre circulación de capitales y contrario, por tanto, al Derecho de la Unión Europea, los dividendos percibidos en España por organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios no residentes sin establecimiento permanente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria, han de ser sometidos al mismo tipo de gravamen que el previsto para las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español.

**3º)** Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 25.1.f) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, en conexión con los artículos 63 , 64 y 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y los principios de equivalencia, efectividad y cooperación leal que se plasman en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**4º)** Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

**5º)** Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

**6º)** Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme.

Así lo acuerdan y firman.

D. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo

D. Emilio Frias Ponce D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jose Maria del Riego Valledor D<sup>a</sup>. Ines Huerta Garicano

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.