

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

Referencia: NFJ070708

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Sentencia de 21 de junio de 2018

Sala Quinta

Asunto n.º C-480/16

**SUMARIO:**

**Libre circulación de capitales. Libre prestación de servicios. Régimen fiscal de los dividendos percibidos por los OICVM (Organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios).** Se plantea la cuestión prejudicial relativa a si es contrario al art. 63 TFUE, relativo a la libre circulación de capitales, o al art. 56 TFUE, relativo a la libre prestación de servicios, un régimen fiscal en virtud del cual los dividendos satisfechos por sociedades danesas a OICVM extranjeros regulados por la Directiva 85/611 [...] son objeto de retención en la fuente, mientras que los equivalentes OICVM daneses pueden acogerse a una exención de tal retención, ya sea porque efectúan un reparto mínimo real de dividendos a sus partícipes sujeto a retención en la fuente o porque proceden técnicamente a imputar un dividendo mínimo que constituye la base de la retención del impuesto en la fuente que deben soportar los partícipes de dichos organismos. La normativa danesa aquí cuestionada establece que para que un OICVM pueda acogerse a una exención de la retención en la fuente debe, primero, ser residente en Dinamarca, y segundo, tener reconocida la condición de fondo. Al imponer la retención en la fuente sobre los dividendos pagados a los OICVM no residentes y reservar a los OICVM residentes la posibilidad de obtener la exención de tal retención, la normativa nacional en cuestión en los litigios principales establece un trato desfavorable para los dividendos pagados a los OICVM no residentes que en principio supone una restricción a la libre circulación de capitales prohibida por el art. 63 TFUE. La preservación del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros puede ciertamente constituir una razón imperiosa de interés general que permita justificar una restricción al ejercicio de una libertad de circulación en el seno de la Unión Europea. El Tribunal considera que el Gobierno danés al no someter al impuesto a los OICVM residentes que perciben dividendos de origen nacional, no puede invocar la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros para justificar la sujeción al impuesto de los OICVM no residentes que perciben esos rendimientos. Además, los dividendos satisfechos a los OICVM no residentes por las sociedades residentes en Dinamarca han tributado ya en el Reino de Dinamarca como parte de la base imponible de la sociedad pagadora y el hecho de que la imposición de los dividendos se traslade a la esfera personal de los partícipes de los OICVM residentes no justifica la restricción controvertida. Tampoco lo justifica la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal danés pues ésta permanecería inalterada si los OICVM residentes de un Estado miembro distinto del Reino de Dinamarca que cumplan los requisitos establecidos en la normativa aplicable pudieran acogerse a la exención de la retención en la fuente, siempre que las autoridades fiscales danesas se aseguraran, con la plena colaboración de esos organismos, de que estos últimos liquidan un impuesto equivalente al importe que los fondos residentes en Dinamarca deben girar, como retención fiscal, sobre el reparto mínimo calculado de conformidad con esta disposición. Permitir a tales OICVM acogerse a esa exención en las condiciones descritas constituiría una medida menos restrictiva que el régimen actual. El art. 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro en virtud de la cual los dividendos satisfechos por una sociedad residente en este Estado miembro a un organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) no residente están sometidos a una retención en la fuente, mientras que los dividendos satisfechos a un OICVM residente en este mismo Estado miembro están exentos de tal retención, a condición de que este último organismo efectúe un reparto mínimo de dividendos a sus partícipes, o bien proceda técnicamente a imputar un dividendo mínimo, y practique la retención del impuesto sobre ese dividendo mínimo real o ficticio a cargo de sus partícipes.

**PRECEPTOS:**

Tratado de 25 de marzo de 1957 (TFUE), arts. 56 y 63.  
Directiva 85/611/CEE del Consejo (OICVM).

Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (OICVM).

**PONENTE:**

*Don E. Levits.*

En el asunto C-480/16,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca), mediante resolución de 31 de agosto de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia el 5 de septiembre de 2016, en el procedimiento entre

**Fidelity Funds,**

**Fidelity Investment Funds,**

**Fidelity Institutional Funds**

y

**Skatteministeriet,**

con intervención de:

**NN (L) SICAV,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por el Sr. J.L. da Cruz Vilaça, Presidente de Sala, y los Sres. E. Levits (Ponente) y A. Borg Barthet, la Sra. M. Berger y el Sr. F. Biltgen, Jueces;

Abogado General: Sr. P. Mengozzi;

Secretario: Sra. L. Carrasco Marco, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 5 de octubre de 2017;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Fidelity Funds, Fidelity Investment Funds y Fidelity Institutional Funds, por el Sr. P. Farmer, Barrister, y el Sr. J. Skaadstrup Andersen, advokat;
- en nombre de NN (L) SICAV, por el Sr. E. Vistisen, advokat;
- en nombre del Gobierno danés, por los Sres. C. Thorning y J. Nymann-Lindegren, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. S. Horsbøl Jensen, advokat;
- en nombre del Gobierno alemán, por los Sres. T. Henze y R. Kanitz, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. M. Bulterman y B. Koopman y el Sr. J. Langer, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. W. Roels y R. Lyal, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. H. Peytz, abogado;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 20 de diciembre de 2017;

dicta la siguiente

## Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 56 TFUE y 63 TFUE.

2. Dicha petición se ha presentado en el contexto de sendos litigios entre Fidelity Funds, Fidelity Investment Funds y Fidelity Institutional Funds, de un lado, y el Skatteministeriet (Ministerio de Hacienda, Dinamarca), de otro, en relación con unas solicitudes de devolución de las retenciones en la fuente practicadas sobre los dividendos percibidos por aquellas entidades de sociedades residentes en Dinamarca entre los años 2000 y 2009.

### Marco jurídico

#### *Derecho de la Unión*

3. La 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 (OICVM) (DO 1985, L 375, p. 3; EE 06/03, p. 38), tenía por objeto, conforme a su cuarto considerando, establecer para los organismos de inversión colectiva (OICVM) situados en los Estados miembros normas mínimas comunes en lo relativo a su aprobación, su control, su estructura, su actividad y las informaciones que deben publicar. La Directiva 85/611 fue modificada en varias ocasiones antes de ser derogada, con efectos de 1 de julio de 2011, por la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) (DO 2009, L 302, p. 32), que refundió aquella Directiva.

Derecho danés

4. El artículo 1, punto 5, letra a), de la lov om indkomstbeskatning af aktieselskaber m.v. (Ley del impuesto sobre sociedades) establece que están sujetas al impuesto los OICVM que tengan su residencia fiscal en Dinamarca, mientras que el artículo 1, punto 6, de la misma ley trata de la tributación de los fondos regidos por las disposiciones del artículo 16 C de la lov om påligningen af indkomstskat til staten (Ley del impuesto estatal sobre la renta; en lo sucesivo, «ligningslov») que sean residentes en Dinamarca.

5. El artículo 2, apartado 1, letra c), de la Ley del impuesto sobre sociedades, al disponer que los OICVM y otros fondos de inversión que no tengan su residencia fiscal en Dinamarca tributan por los dividendos que perciban de sociedades residentes en Dinamarca, prescribe una obligación fiscal limitada que solo afecta a los rendimientos de fuente danesa.

6. A tenor del artículo 65, apartado 1, de la kildeskatteloven (Ley sobre la retención en la fuente), toda decisión de reparto de dividendos por una sociedad residente en Dinamarca deberá tener en cuenta, salvo disposición en contrario, la preceptiva retención en la fuente que se practicará sobre el importe bruto distribuido, según un porcentaje determinado. El tipo de retención en la fuente se fijó para el año 2000 en el 25 %, y, posteriormente, para los años 2001 a 2009, se elevó al 28 %.

7. De acuerdo con la normativa danesa, el tipo de retención en la fuente queda establecido en el 15 % cuando las autoridades del Estado de residencia del OICVM de que se trate estén obligadas a intercambiar información con las autoridades danesas en virtud de un Convenio para evitar la doble imposición o de otro tratado internacional o de un acuerdo administrativo de asistencia en materia fiscal. Con arreglo a esta disposición, el impuesto final para los contribuyentes residentes en la Unión Europea no debe ser, en la práctica, superior al 15 %. Aún podrá reducirse más el impuesto en función de los tratados en materia fiscal celebrados entre el Reino de Dinamarca y el Estado de residencia del OICVM de que se trate.

8. La Ley sobre la retención en la fuente es aplicable a los OICVM domiciliados en Dinamarca, los cuales, por tanto, están sometidos, en principio, a la referida normativa relativa a la tributación de los dividendos. No obstante, de las disposiciones del artículo 65, apartado 8, de dicha ley se infiere que el Ministro de Hacienda puede

adoptar normas que establezcan que los dividendos satisfechos a los fondos a los que se refieren las disposiciones del artículo 16 C de la ligningslov (en lo sucesivo, «fondos del artículo 16 C») no sufrirán retención.

**9.** Con ocasión de la adopción del Decreto sobre la retención en la fuente, el Ministro de Hacienda danés utilizó esta facultad para eximir totalmente a los fondos del artículo 16 C de la retención en la fuente. Según el artículo 38 del citado Decreto, todo OICVM podrá obtener un certificado de exención y acogerse a la exención de la imposición en la fuente de los dividendos, siempre que, por un lado, sea un organismo comprendido en el artículo 1, punto 6, de la Ley del impuesto sobre sociedades y, por tanto, residente en Dinamarca y, por otro, tenga reconocida la condición de fondo del artículo 16 C. Los OICVM residentes en Dinamarca que no cumplan los requisitos del artículo 16 C de la ligningslov no estarán exentos de la retención en la fuente sobre los dividendos.

**10.** El artículo 16 C de la ligningslov define qué debe entenderse por «fondos del artículo 16 C».

**11.** Así, de conformidad con la normativa en vigor hasta el 1 de junio de 2005, para que un OICVM pudiera tener la condición de «fondo del artículo 16 C» era necesario que efectuase un reparto mínimo de dividendos. Ese dividendo mínimo distribuido constituía la base imponible de los rendimientos derivados del fondo en la tributación personal de sus partícipes.

**12.** Las reglas de determinación del dividendo mínimo distribuido se precisan en el artículo 16 C, apartados 2 a 6, de la ligningslov. De conformidad con el apartado 2 de este artículo, el dividendo mínimo está constituido por la suma de los ingresos e importes netos percibidos en el ejercicio, una vez deducidas las pérdidas y los gastos. El artículo 16 C, apartado 3, de la ligningslov establece que, a efectos de esta determinación, se computarán toda una serie de ingresos enumerados en el mismo artículo, en particular, ingresos por intereses, dividendos de acciones, rendimientos de créditos y contratos financieros y plusvalías por la enajenación de acciones. De conformidad con el artículo 16 C, apartados 4 y 5, de la ligningslov, los fondos del artículo 16 C pueden restar de sus ingresos las pérdidas fiscalmente deducibles y deducir también los gastos de gestión.

**13.** A raíz de la aprobación de la Ley n.º 407 de 1 de junio de 2005, y con efectos de esta fecha, se suprimió el requisito del reparto mínimo de dividendos a los partícipes para poder ser reconocido como fondo del artículo 16 C; desde entonces, este reconocimiento está supeditado a que el OICVM de que se trate impute un dividendo mínimo que será gravado en la esfera personal de los partícipes mediante una retención en la fuente practicada por dicho organismo.

### **Litigios principales y cuestión prejudicial**

**14.** Los demandantes en los litigios principales son entidades del tipo OICVM en el sentido de la Directiva 85/611 que tienen su domicilio social en el Reino Unido y en Luxemburgo. Sus inversiones en sociedades danesas son inversiones de cartera que no superan el 10 % del capital. Los productos que ofrecen los demandantes en los litigios principales son accesibles a los clientes que residen en Dinamarca, pero no son objeto de campañas de comercialización en este Estado miembro. Los demandantes en los litigios principales tampoco solicitaron a las autoridades fiscales danesas poder acogerse al régimen fiscal de los fondos del artículo 16 C ni adaptaron sus estatutos a la legislación aplicable a tales fondos hasta el ejercicio fiscal 2005.

**15.** Los demandantes en los litigios principales han entablado acciones ante el juez nacional en reclamación de la devolución de las retenciones en la fuente practicadas sobre los dividendos que percibieron de sociedades domiciliadas en Dinamarca entre los años 2000 y 2009, alegando que los OICVM residentes en Dinamarca pueden acogerse a una exención de la retención en la fuente, a diferencia de los OICVM no residentes. Aducen que la normativa fiscal nacional ha establecido dos requisitos para que sea aplicable la exención, a saber, que el OICVM de que se trate sea residente en Dinamarca y que acredite y declare sus ingresos con arreglo a la legislación fiscal danesa. Los OICVM no residentes, como es lógico, no pueden cumplir el primer requisito y en cuanto al segundo, su observancia les resulta extremadamente difícil, cuando no imposible, teniendo en cuenta especialmente el efecto disuasorio que se deriva del hecho de que, como consecuencia del primer requisito, no pueden acogerse bajo ningún concepto a la exención de la retención en la fuente.

16. Por consiguiente, los demandantes en los litigios principales consideran que, aunque no cumplan el segundo requisito al que se ha hecho referencia, relativo a la obligación de acreditar y declarar un reparto mínimo de dividendos conforme a la normativa danesa, tienen derecho a la devolución del impuesto retenido en la fuente.

17. El Ministerio de Hacienda admite ciertamente que el régimen danés tiene por efecto que, en determinados casos, el trato fiscal que se dispensa a los OICVM domiciliados en Dinamarca, en relación con los dividendos percibidos de sociedades danesas, es diferente del que se aplica a los OICVM que tienen su domicilio en otro Estado miembro. Sin embargo, entiende que dicha restricción está justificada, por un lado, por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal y, por otro, por la necesidad de conseguir un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

18. En este contexto, las partes en los litigios principales reconocen que esa diferencia de trato fiscal constituye una restricción a la libre circulación, pero, para la parte demandante, tal restricción no puede justificarse por los motivos expuestos por el Ministerio de Hacienda, además de que, en cualquier caso, la normativa danesa, a su juicio, va más allá de lo necesario para garantizar la tributación en Dinamarca.

19. En tales circunstancias, el Østre Landsret (Tribunal de Apelación de la Región Este, Dinamarca) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Es contrario al artículo 56 CE (actualmente artículo 63 TFUE), relativo a la libre circulación de capitales, o al artículo 49 CE (actualmente artículo 56 TFUE), relativo a la libre prestación de servicios, un régimen fiscal como el controvertido en los litigios principales, en virtud del cual los dividendos satisfechos por sociedades danesas a OICVM extranjeros regulados por la Directiva 85/611 [...] son objeto de retención en la fuente, mientras que los equivalentes OICVM daneses pueden acogerse a una exención de tal retención, ya sea porque efectúan un reparto mínimo real de dividendos a sus partícipes sujeto a retención en la fuente o porque proceden técnicamente a imputar un dividendo mínimo que constituye la base de la retención del impuesto en la fuente que deben soportar los partícipes de dichos organismos?»

#### **Sobre la solicitud de reapertura de la fase oral**

20. A raíz de la lectura de las conclusiones del Abogado General, los demandantes en los litigios principales solicitaron, mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 18 de enero de 2018, que se ordenara la reapertura de la fase oral del procedimiento, con arreglo al artículo 83 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

21. En apoyo de su solicitud, los demandantes en los litigios principales alegan, en esencia, que las conclusiones del Abogado General parten de una interpretación incorrecta de la amplitud y de la naturaleza de las exigencias del artículo 16 C de la ligningslov. Sostienen, además, que la referencia que hizo el Abogado General al hecho de que algunos OICVM que no son residentes en el Reino de Dinamarca efectuaron distribuciones mínimas de dividendos se basaba en datos erróneos, y que las circunstancias que concurren en torno a tales OICVM no fueron debatidas ante el Tribunal de Justicia.

22. A este respecto, procede recordar que, en virtud del artículo 252 TFUE, párrafo segundo, el Abogado General presenta públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre los asuntos que, de conformidad con el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requieran su intervención. El Tribunal de Justicia no está vinculado por estas conclusiones ni por la motivación que el Abogado General desarrolla para llegar a las mismas (sentencia de 22 de junio de 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging y otros, C-126/16, EU:C:2017:489, apartado 31 y jurisprudencia citada).

23. Asimismo, es preciso recordar, en este contexto, que ni el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni su Reglamento de Procedimiento prevén la posibilidad de que las partes interesadas presenten observaciones en respuesta a las conclusiones presentadas por el Abogado General (sentencia de 25 de octubre

de 2017, Polbud - Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, apartado 23 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, el hecho de que una parte interesada no esté de acuerdo con las conclusiones del Abogado General no constituye en sí mismo un motivo que justifique la reapertura de la fase oral, sin importar cuáles sean las cuestiones examinadas en dichas conclusiones (sentencias de 25 de octubre de 2017, Polbud - Wykonawstwo, C-106/16, EU:C:2017:804, apartado 24, y de 29 de noviembre de 2017, King, C-214/16, EU:C:2017:914, apartado 27 y jurisprudencia citada).

**24.** Mediante la argumentación relativa a la amplitud y a la naturaleza de las exigencias del artículo 16 C de la *ligningslov*, los demandantes en los litigios principales pretenden responder a las conclusiones del Abogado General cuestionando la descripción de la legislación vigente en Dinamarca, tras los cambios introducidos en 2005, que resulta de la petición de decisión prejudicial, de la documentación que obra a disposición del Tribunal de Justicia y de la información aportada en la vista. Ahora bien, de la jurisprudencia citada en el apartado anterior se desprende que las normas que regulan el procedimiento ante el Tribunal de Justicia no contemplan la presentación de observaciones de esta índole.

**25.** Dicho esto, el Tribunal de Justicia, en virtud del artículo 83 de su Reglamento de Procedimiento, puede ordenar en cualquier momento, tras oír al Abogado General, la reapertura de la fase oral del procedimiento, en particular si estima que la información de que dispone es insuficiente o cuando una parte haya invocado ante él, tras el cierre de esta fase, un hecho nuevo que pueda influir decisivamente en su resolución, o también cuando el asunto deba resolverse basándose en un argumento que no fue debatido entre las partes o los interesados mencionados en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**26.** En el presente asunto, el Tribunal de Justicia, tras oír al Abogado General, considera que dispone de todos los datos necesarios para contestar a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente y que todos los argumentos necesarios para dirimir el presente asunto han sido debatidos ante él, en particular, la posibilidad, para una entidad que no es residente en Dinamarca, de imputar un dividendo mínimo de conformidad con la normativa danesa y de obtener la calificación de fondo del artículo 16 C.

**27.** Habida cuenta de las consideraciones anteriores, no ha lugar a ordenar la reapertura de la fase oral del procedimiento.

### **Sobre la cuestión prejudicial**

**28.** Mediante la cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 56 TFUE y 63 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en los asuntos principales, con arreglo a la cual los dividendos satisfechos por una sociedad residente en este Estado miembro a un OICVM no residente están sujetos a retención en la fuente, mientras que los dividendos satisfechos a un OICVM residente en ese mismo Estado miembro están exentos de tal retención, siempre que este último efectúe un reparto mínimo de dividendos a sus partícipes, o proceda técnicamente a imputar un dividendo mínimo, y retenga el impuesto sobre ese dividendo mínimo real o ficticio a cargo de sus partícipes.

**29.** Como se infiere de la descripción de la normativa nacional controvertida en los asuntos principales realizada por el órgano jurisdiccional remitente, para que un OICVM pueda acogerse a una exención de la retención en la fuente debe, primero, ser residente en Dinamarca, y segundo, tener reconocida la condición de fondo del artículo 16 C.

**30.** Para conseguir tal reconocimiento, el OICVM en cuestión debe cumplir los requisitos establecidos en el artículo 16 C de la *ligningslov* y, en particular, de acuerdo con la normativa vigente antes del 1 de junio de 2005, comprometerse a efectuar un reparto mínimo de dividendos y a practicar una retención en la fuente sobre los mismos, a cargo de sus partícipes. A partir de la fecha indicada, dejó de exigirse un reparto mínimo real de dividendos a los partícipes, si bien, el OICVM de que se trate, para ser reconocido como tal, debe imputar un dividendo mínimo que será gravado en la esfera personal de los partícipes mediante la retención en la fuente practicada por ese organismo. Los OICVM residentes en Dinamarca que no han obtenido la condición de fondo del

artículo 16 C deben soportar la retención en la fuente sobre los dividendos satisfechos por sociedades residentes en dicho Estado miembro.

**31.** De la documentación obrante en los autos se infiere que no ha resultado controvertido ante el Tribunal de Justicia que, durante el período en cuestión en los litigios principales, solo los OICVM residentes en Dinamarca podían acogerse a la exención de la retención en la fuente. Según las explicaciones facilitadas por el Gobierno danés y las partes en los litigios principales, si bien un OICVM que no tenga su residencia en Dinamarca puede cumplir en principio los requisitos del artículo 16 C de la *ligningslov*, su condición de organismo no residente en este Estado miembro determina que no pueda acogerse a la exención de retención en la fuente sobre los dividendos satisfechos por sociedades residentes.

### ***Sobre las libertades en cuestión***

**32.** Habida cuenta de que la cuestión prejudicial se ha planteado en relación tanto con el artículo 56 TFUE como con el artículo 63 TFUE, es necesario esclarecer, con carácter preliminar, si una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales puede afectar al ejercicio de la libre prestación de servicios y de la libre circulación de capitales y, en su caso, en qué medida.

**33.** A este respecto, según reiterada jurisprudencia, procede tomar en consideración el objeto de la legislación de que se trate (sentencias 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, y de 5 de febrero de 2014, *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, apartado 21 y jurisprudencia citada).

**34.** Los litigios principales versan sobre la solicitud de devolución de la retención en la fuente practicada sobre los dividendos pagados a los demandantes en dichos litigios por sociedades domiciliadas en Dinamarca entre 2000 y 2009 y sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una normativa nacional que reserva la posibilidad de acogerse a la exención de tal retención en la fuente a los OICVM residentes en Dinamarca que cumplan los requisitos establecidos por el artículo 16 C de la *ligningslov*.

**35.** La normativa nacional controvertida en los litigios principales, por tanto, tiene por objeto el régimen fiscal de los dividendos percibidos por los OICVM.

**36.** Ha de considerarse, en consecuencia, que la situación examinada en los litigios principales concierne a la libre circulación de capitales.

**37.** Además, en lo que atañe a la libre prestación de servicios, suponiendo que la normativa en cuestión en los litigios principales tenga por efecto prohibir, obstaculizar o hacer menos atractivas las actividades de un OICVM domiciliado en un Estado miembro distinto del Reino de Dinamarca, donde presta legalmente servicios análogos, tales efectos serían la consecuencia ineluctable del tratamiento fiscal aplicado a los dividendos pagados a ese OICVM no residente en Dinamarca y no justifican un examen autónomo respecto de la libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de septiembre de 2009, *Glaxo Wellcome*, C-182/08, EU:C:2009:559, apartado 51 y jurisprudencia citada). En efecto, esa libertad se manifiesta en este caso secundaria en relación con la libre circulación de capitales y puede ser considerada accesoria de esta [sentencia de 26 de mayo de 2016, *NN (L) International*, C-48/15, EU:C:2016:356, apartado 41].

**38.** Por otro lado, de las explicaciones del órgano jurisdiccional remitente se infiere que las inversiones efectuadas por los demandantes en los litigios principales en Dinamarca son inversiones de cartera que no han rebasado nunca el 10 % del capital de una sociedad domiciliada en Dinamarca; consta, asimismo, que la cuestión prejudicial no tiene por objeto la libertad de establecimiento.

**39.** Así pues, procede responder a la cuestión prejudicial en cuanto se refiere al artículo 63 TFUE.

### ***Sobre la existencia de una restricción a la libre circulación de capitales***

**40.** Según reiterada jurisprudencia, las medidas prohibidas por el artículo 63 TFUE, apartado 1, por constituir restricciones a los movimientos de capitales, incluyen 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 (sentencia de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros, C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, apartado 15 y jurisprudencia citada).

**41.** En el presente asunto, en virtud de la normativa controvertida en los litigios principales, los OICVM residentes en Dinamarca son objeto de un trato diferente respecto del aplicable a los que tienen su residencia en otro Estado miembro, en lo que concierne a los dividendos percibidos de sociedades residentes en Dinamarca.

**42.** En efecto, los dividendos satisfechos por sociedades residentes en Dinamarca a los OICVM no residentes están sometidos a retención en la fuente. En cambio, los OICVM residentes en Dinamarca pueden acogerse a la exención de la retención en la fuente cuando perciban tales dividendos, siempre que cumplan los requisitos del artículo 16 C de la *ligningslov*.

**43.** Al imponer la retención en la fuente sobre los dividendos pagados a los OICVM no residentes y reservar a los OICVM residentes la posibilidad de obtener la exención de tal retención, la normativa nacional en cuestión en los litigios principales establece un trato desfavorable para los dividendos pagados a los OICVM no residentes.

**44.** Un trato fiscal desfavorable de esta naturaleza puede disuadir, por una parte, a los OICVM no residentes de realizar inversiones en sociedades establecidas en Dinamarca y, por otra, a los inversores residentes en Dinamarca de adquirir participaciones en OICVM no residentes (sentencia de 10 de mayo de 2012, Santander Asset Management SGIIC y otros, C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, apartado 17).

**45.** En consecuencia, la normativa controvertida en los litigios principales constituye una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE.

#### ***Sobre la existencia de justificación***

**46.** De acuerdo con el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), lo dispuesto en el artículo 63 TFUE se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros 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.

**47.** Esta disposición debe interpretarse en sentido estricto, en la medida en que constituye una excepción al principio fundamental de la 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 que residen o del Estado miembro en el que invierten sus capitales es automáticamente compatible con el Tratado FUE. En efecto, la excepción establecida en el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), está limitada, a su vez, por el artículo 65 TFUE, apartado 3, que prescribe 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 como la define el artículo 63 [TFUE]» (sentencia 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).

**48.** En consecuencia, es necesario distinguir las diferencias de trato permitidas por el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), de las discriminaciones prohibidas por el artículo 65 TFUE, apartado 3. Pues bien, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en los litigios principales pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o esté justificada por razones imperiosas de interés general (sentencia 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).

**49.** Procede examinar, por consiguiente, si el hecho de reservar a los OICVM residentes en Dinamarca la posibilidad de obtener una exención de la retención en la fuente está justificada por la existencia de una diferencia objetiva entre la situación de los OICVM residentes en Dinamarca y la de los OICVM no residentes.

**50.** A este respecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que 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 del contenido de esta (sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, apartado 48 y jurisprudencia citada).

**51.** Por otra parte, únicamente deben tenerse en cuenta los criterios de distinción pertinentes establecidos por la normativa en cuestión para apreciar si la diferencia de trato que resulta de dicha normativa refleja una diferencia de situaciones objetiva (sentencias 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, y de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, apartado 49).

**52.** Como se desprende de las observaciones del Gobierno danés, la normativa controvertida en los litigios principales persigue, por un lado, el objetivo de igualar la carga fiscal de las inversiones efectuadas por los particulares en sociedades domiciliadas en Dinamarca mediante un OICVM a la de las inversiones que los particulares realizan directamente en tales sociedades. De este modo, esa normativa, según las citadas observaciones, evita la doble imposición económica que se produciría si los dividendos fueran gravados en sede del OICVM en cuestión y en la esfera personal de los partícipes de este. Por otro lado, la referida normativa pretende garantizar que la exención aplicable a los dividendos percibidos por los OICVM no tenga como consecuencia que los dividendos satisfechos por sociedades danesas eludan la potestad tributaria del Reino de Dinamarca y no sean sometidos una vez de forma efectiva a dicha potestad.

**53.** En lo que concierne al primer objetivo invocado por el Gobierno danés, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, por lo que respecta a las medidas previstas por un Estado miembro a fin de evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición económica de las rentas percibidas de una sociedad residente, las sociedades beneficiarias residentes no se encuentran necesariamente en una situación comparable a la de las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro (sentencia de 25 de octubre de 2012, Comisión/Bélgica, C-387/11, EU:C:2012:670, apartado 48 y jurisprudencia citada).

**54.** Sin embargo, a partir del momento en que un Estado miembro, de forma unilateral o por vía de convenios, somete al impuesto sobre la renta no solo a las sociedades residentes sino también a las sociedades no residentes por las rentas que perciben de una sociedad residente, la situación de las mencionadas sociedades no residentes se asemeja a la de las sociedades residentes (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de octubre de 2012, Comisión/Bélgica, C-387/11, EU:C:2012:670, apartado 49 y jurisprudencia citada).

**55.** En efecto, el mero ejercicio por ese mismo Estado de su competencia fiscal, con independencia de cualquier tributación en otro Estado miembro, da lugar a un riesgo de tributación en cadena o de doble imposición económica. En tal caso, para que las sociedades beneficiarias no residentes no se enfrenten a una restricción de la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE, el Estado de residencia de la sociedad pagadora de las rentas debe velar por que, en relación con el mecanismo previsto en su Derecho nacional para evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición económica, las sociedades no residentes estén sujetas a un trato equivalente al dispensado a las sociedades residentes (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de octubre de 2012, Comisión/Bélgica, C-387/11, EU:C:2012:670, apartado 49 y jurisprudencia citada).

**56.** Dado que el Reino de Dinamarca ha optado por ejercer su competencia fiscal sobre los rendimientos obtenidos por los OICVM no residentes, estos se encuentran en una situación comparable a la de los OICVM residentes en Dinamarca en cuanto al riesgo de doble imposición económica de los dividendos distribuidos por las sociedades residentes en Dinamarca (sentencias de 20 de octubre de 2011, Comisión/Alemania, C-284/09, EU:C:2011:670, apartado 58, 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 42).

**57.** El segundo objetivo resaltado por el Gobierno danés consiste, en esencia, en el propósito de no renunciar a la imposición de los dividendos satisfechos por las sociedades residentes en Dinamarca, sino de trasladar la carga impositiva correspondiente a los partícipes de los OICVM. Para lograr este objetivo, la normativa en cuestión establece que, para poder ser reconocido como fondo del artículo 16 C y, de ese modo, acogerse a la exención de la retención en la fuente, un OICVM residente en Dinamarca debe practicar una retención en la fuente, a cargo de sus partícipes, sobre el dividendo mínimo que efectivamente les haya pagado o, desde los cambios introducidos en 2005, sobre el dividendo mínimo imputado con arreglo a las disposiciones del artículo 16 C de la *ligningslov*.

**58.** El Reino de Dinamarca, en cambio, no puede someter a un OICVM no residente a tal obligación de practicar una retención en la fuente, en beneficio de dicho Estado miembro, sobre los dividendos que decida repartir. El OICVM no residente está sujeto a la potestad tributaria del Reino de Dinamarca, a priori, solamente por los dividendos que percibe de fuente danesa, y no por los dividendos que él mismo satisface.

**59.** No obstante, habida cuenta del objetivo, del objeto y del contenido de la normativa controvertida en los litigios principales, esa distinción, que refleja, por otro lado, la diferencia entre un organismo residente en Dinamarca y otro no residente, no debe considerarse un factor determinante.

**60.** En efecto, si el objetivo de la normativa controvertida en los asuntos principales es trasladar la carga impositiva del vehículo de la inversión al accionista de ese vehículo, habrá de considerarse criterio determinante las condiciones materiales del ejercicio de la potestad tributaria sobre los rendimientos de los accionistas, y no la técnica impositiva utilizada.

**61.** Pues bien, un OICVM no residente puede tener partícipes residentes en Dinamarca, y este Estado puede ejercer su potestad tributaria sobre los rendimientos de dichos partícipes. Desde esta perspectiva, un OICVM no residente se halla en una situación objetivamente comparable a la de un OICVM residente en Dinamarca.

**62.** Es cierto que el Reino de Dinamarca no puede someter a imposición a los partícipes no residentes por los dividendos distribuidos por OICVM no residentes, pero tal imposibilidad es coherente con la lógica del desplazamiento de la carga impositiva del vehículo al accionista.

**63.** En tales circunstancias, procede observar que el hecho de reservar a los OICVM residentes la posibilidad de obtener una exención de la retención en la fuente no está justificado por una diferencia objetiva entre la situación de esos OICVM y la de los OICVM que residen en un Estado miembro distinto del Reino de Dinamarca.

**64.** Pues bien, solo puede admitirse tal restricción si está justificada por razones imperiosas de interés general, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo (sentencia de 24 de noviembre de 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, apartado 56).

**65.** Los Gobiernos que han presentado observaciones al Tribunal de Justicia sostienen que la restricción a la libre circulación de capitales en cuestión en los litigios principales está justificada por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal danés. Los Gobiernos danés y neerlandés consideran, además, que dicha restricción está justificada por la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

**66.** Procede examinar, en primer lugar, si el hecho de que un Estado miembro reserve a los OICVM residentes la posibilidad de obtener una exención de la retención en la fuente sobre los dividendos satisfechos por sociedades residentes puede estar justificado por la necesidad de preservar el reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

**67.** Los Gobiernos danés y neerlandés aducen, sobre este punto, que obligar al Reino de Dinamarca a conceder una exención de la retención en la fuente sobre los dividendos satisfechos a los OICVM no residentes, sin que ese Estado miembro tenga la posibilidad de gravar el reparto de los dividendos a los partícipes, valdría tanto

como compeler al Estado fuente de dichos dividendos a que renuncie a ejercer su competencia fiscal por unos ingresos generados en su territorio.

**68.** El hecho de gravar los dividendos y excluir a los OICVM no residentes de la posibilidad de acogerse a la exención en cuestión en los litigios principales permite, según los referidos Gobiernos, garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria, y no va más allá de lo necesario, habida cuenta de que el Reino de Dinamarca somete a imposición los dividendos satisfechos a los OICVM no residentes una sola vez, y de que no cabe la posibilidad de trasladar el gravamen a los repartos de dividendos que lleven a cabo tales organismos.

**69.** Hay que recordar al respecto que la preservación del reparto de la potestad tributaria entre los Estados miembros puede ciertamente constituir una razón imperiosa de interés general que permita justificar una restricción al ejercicio de una libertad de circulación en el seno de la Unión Europea (sentencia de 12 de diciembre de 2013, *Imfeld y Garcet*, C-303/12, EU:C:2013:822, apartado 68 y jurisprudencia citada).

**70.** Tal justificación puede admitirse, en particular, cuando el objetivo del régimen de que se trate sea evitar comportamientos que puedan comprometer el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio (sentencia de 10 de mayo de 2012, *Santander Asset Management SGIIC y otros*, C-338/11 a C-347/11, EU:C:2012:286, apartado 47 y jurisprudencia citada).

**71.** No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la medida en que un Estado miembro haya decidido, como en la situación examinada en los litigios principales, no someter al impuesto a los OICVM residentes que perciben dividendos de origen nacional, no puede invocar la necesidad de garantizar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros para justificar la sujeción al impuesto de los OICVM no residentes que perciben esos rendimientos (sentencia 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 jurisprudencia citada).

**72.** Además, los dividendos satisfechos a los OICVM no residentes por las sociedades residentes en Dinamarca han tributado ya en el Reino de Dinamarca como parte de la base imponible de la sociedad pagadora.

**73.** El hecho de que la imposición de los dividendos se traslade a la esfera personal de los partícipes de los OICVM residentes no justifica la restricción controvertida en los litigios principales.

**74.** En efecto, por un lado, como se ha señalado en el apartado 61 de la presente sentencia, el Reino de Dinamarca dispone de potestad tributaria sobre los partícipes residentes de los OICVM no residentes.

**75.** Por otro lado, el hecho de que un Estado miembro efectúe la retención en la fuente sobre los dividendos satisfechos a los OICVM no residentes, por la imposibilidad de liquidar el impuesto sobre el conjunto de los dividendos repartidos por estos organismos, tiene por efecto no tanto prevenir los comportamientos que puedan comprometer el derecho de ese Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio como compensar la ausencia de potestad tributaria que resulte del reparto equilibrado de la referida potestad entre los Estados miembros.

**76.** En consecuencia, no puede invocarse la necesidad de preservar tal reparto para justificar la restricción a la libre circulación de capitales en cuestión en los litigios principales.

**77.** En segundo lugar, es necesario verificar si, como alegan los Gobiernos que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, la restricción que resulta de la aplicación de la normativa fiscal controvertida en los litigios principales puede justificarse por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal danés.

**78.** Según dichos Gobiernos, hay una relación directa entre la exención de la retención en la fuente respecto de los dividendos pagados a los OICVM residentes y la obligación de estos OICVM de practicar una retención en la fuente sobre los dividendos que satisfacen a sus partícipes.

**79.** A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la necesidad de garantizar la coherencia de un régimen fiscal puede justificar una normativa que restrinja las libertades fundamentales (sentencia 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 jurisprudencia citada).

**80.** 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 ese vínculo en relación con el objetivo de la normativa controvertida (sentencia 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 jurisprudencia citada).

**81.** En relación con este punto, como se ha señalado en los apartados 29 a 31 de la presente sentencia, un OICVM puede acogerse a una exención de la retención en la fuente sobre los dividendos satisfechos por una sociedad residente en Dinamarca, a condición de que, de forma acumulativa, sea residente en Dinamarca y lleve a cabo un reparto mínimo de dividendos o impute un dividendo mínimo que sean sometidos a una retención en la fuente.

**82.** Como observó el Abogado General en el punto 72 de sus conclusiones, la normativa nacional controvertida en los litigios principales supedita la exención de la retención en la fuente aplicable a los OICVM residentes en Dinamarca al requisito de que efectúen un reparto mínimo de dividendos, real o ficticio, a favor de sus partícipes, quienes habrán de soportar una retención que deberán efectuar tales organismos. La ventaja concedida de este modo a los OICVM residentes en Dinamarca en forma de exención de la retención en la fuente se compensa, en principio, con la imposición de dichos dividendos que tiene lugar, al ser redistribuidos, en la esfera personal de los partícipes de esos organismos.

**83.** Procede verificar también si el hecho de reservar a los OICVM residentes en Dinamarca la posibilidad de acogerse a la exención de la retención en la fuente va más allá de lo necesario para garantizar la coherencia del régimen fiscal en cuestión en los litigios principales.

**84.** Como señaló el Abogado General en el punto 80 de sus conclusiones, la coherencia interna del régimen fiscal en cuestión en los litigios principales permanecería inalterada si los OICVM residentes de un Estado miembro distinto del Reino de Dinamarca que cumplan los requisitos del artículo 16 C de la ligningslov pudieran acogerse a la exención de la retención en la fuente, siempre que las autoridades fiscales danesas se aseguraran, con la plena colaboración de esos organismos, de que estos últimos liquidan un impuesto equivalente al importe que los fondos del artículo 16 C residentes en Dinamarca deben girar, como retención fiscal, sobre el reparto mínimo calculado de conformidad con esta disposición. Permitir a tales OICVM acogerse a esa exención en las condiciones descritas constituiría una medida menos restrictiva que el régimen actual.

**85.** La negativa a conceder a los OICVM residentes en un Estado miembro distinto del Reino de Dinamarca que cumplen los requisitos del artículo 16 C de la ligningslov la posibilidad de acogerse a la exención de la retención en la fuente conduce a una imposición en cadena de los dividendos pagados a sus partícipes residentes en Dinamarca, lo cual se opone precisamente al objetivo de la normativa nacional.

**86.** Por consiguiente, debe concluirse que la restricción que resulta de la aplicación de la normativa fiscal controvertida en los litigios principales no puede justificarse por la necesidad de preservar la coherencia del régimen fiscal.

**87.** Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, en virtud de la cual los dividendos satisfechos por una sociedad residente en este Estado miembro a un OICVM no residente están sometidos a una retención en la fuente, mientras que los dividendos satisfechos a un OICVM residente en este mismo Estado miembro están exentos de tal retención,

a condición de que este último organismo efectúe un reparto mínimo de dividendos a sus partícipes, o bien proceda técnicamente a imputar un dividendo mínimo, y practique la retención del impuesto sobre ese dividendo mínimo real o ficticio a cargo de sus partícipes.

### Costas

**88.** Dado que el procedimiento tiene, para las partes de los litigios principales, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes de los litigios principales, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

**El artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, en virtud de la cual los dividendos satisfechos por una sociedad residente en este Estado miembro a un organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) no residente están sometidos a una retención en la fuente, mientras que los dividendos satisfechos a un OICVM residente en este mismo Estado miembro están exentos de tal retención, a condición de que este último organismo efectúe un reparto mínimo de dividendos a sus partícipes, o bien proceda técnicamente a imputar un dividendo mínimo, y practique la retención del impuesto sobre ese dividendo mínimo real o ficticio a cargo de sus partícipes.**

Firmas

\* Lengua de procedimiento: danés.

Fuente: sitio internet del Tribunal de Justicia.