



Roj: **STS 371/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:371**

Id Cendoj: **28079130022020100046**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **05/02/2020**

Nº de Recurso: **4275/2018**

Nº de Resolución: **140/2020**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **ISAAC MERINO JARA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 4424/2018,**
ATS 5127/2019,
STS 371/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 140/2020

Fecha de sentencia: 05/02/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **4275/2018**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por: LMR

Nota:

R. CASACION núm.: **4275/2018**

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 140/2020

Excmos. Sres.

D. Nicolás Maurandi Guillén, presidente

D. Ángel Aguillo Avilés



D. José Antonio Montero Fernández

D. Jesús Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 5 de febrero de 2020.

Esta Sala ha visto en su Sección Segunda, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación núm. **4275/2018**, interpuesto por VANGUARD GLOBAL STOCK INDEX FUND, representada por el procurador de los Tribunales don. Manuel María Álvarez-Buylla Ballesteros, asistida del letrado don Rafael Calvo Salinero, contra la sentencia núm. 214/2018, de 19 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pronunciada en el procedimiento ordinario núm. 144/2017, sobre denegación de la petición de devolución de ingresos indebidos de determinadas cantidades retenidas a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes (en lo sucesivo, IRNR), por un importe de 24.496,10 euros.

Ha comparecido en el recurso de casación como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida en casación.

1. En el procedimiento ordinario núm. 144/2017, seguido en la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con fecha 19 de abril de 2018 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"DESESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO interpuesto por el Procurador D. Manuel Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de Vanguard European Stock Index Fund, contra la resolución de 18 de marzo de 2016 del TEAR por la que se desestiman las reclamaciones económico-administrativas N°:

28/16368/2014, 28/16369/2014, 28/16642/2014, 28/16649/2014, 28/16638/2014, 28/16640/2014, 28/16750/2014, 28/16751/2014, 28/16429/2014, 28/16431/2014, 28/16424/2014, 28/16355/2014, 28/16393/2014, 28/16322/2014, 28/16668/2014, 28/16669/2014, 28/16372/2014, 28/16373/2014, 28/16477/2014, 28/16478/2014, 28/16361/2014, 28/16362/2014, 28/16068/2014, 28/16070/2014, 28/15720/2014, 28/15817/2014, 28/15673/2014, 28/15520/2014, 28/15573/2014, 28/15581/2014, 28/15565/2014, 28/15569/2014, 28/15544/2014, 28/15546/2014, 28/16387/2014, 28/16350/2014, 28/16685/2014, 28/16686/2014, 28/16690/2014, 28/16692/2014, 28/16783/2014, 28/16670/2014, 28/16673/2014, 28/16674/2014, 28/16826/2014, 28/16743/2014, 28/16805/2014, 28/16829/2014, 28/16682/2014, 28/16683/2014, 28/16737/2014 y 28/16738/2014,

interpuestas contra la desestimación de las solicitudes de devolución del IRNR y, en consecuencia, CONFIRMAMOS dicha resolución en su integridad".

2. Los hechos sobre los que ha versado el litigio son los siguientes:

a) Vanguard Global Stock Index Fund (Vanguard en adelante) fondo de inversión residente fiscal en Irlanda, solicitó a la AEAT la devolución de cantidades que le fueron retenidas en concepto de Impuesto sobre la Renta de No Residentes sobre los dividendos obtenidos de inversiones en acciones cotizadas españolas, al entender que la aplicación de la retención del 15% establecida en el Convenio de doble imposición entre España e Irlanda constituye una restricción a la libre circulación de capitales, ya que los fondos de inversión residentes en España tributan al 1 por 100 en el Impuesto sobre Sociedades, por lo que solicitaba la devolución de la diferencia. El órgano gestor tramitó dichas solicitudes en sendos procedimientos de comprobación limitada mediante requerimiento de determinada documentación. Frente a la desestimación presunta por silencio administrativo de estas solicitudes, se presentaron ante el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid las correspondientes reclamaciones. Posteriormente el órgano gestor notificó las resoluciones expresas, igualmente desestimatorias, al considerar que no había quedado acreditado por la entidad el cumplimiento de los requisitos exigidos a los fondos de inversión residentes en España para aplicar el tipo del 1 por 100 (número mínimo de participes, capital social mínimo y estructura abierta).



b) El TEAR de Madrid, en resolución de fecha 18 de marzo de 2016, desestimó las reclamaciones acumuladas por considerar que no se acreditaban los elementos que resultan sustanciales para que las IIC españolas puedan aplicar el régimen especial de tributación del Impuesto sobre Sociedades. Además, considera que la reclamante no ha aportado prueba acerca de si la retención soportada en España ha sido, o no, objeto de deducción en el país de residencia del contribuyente, por lo que no puede afirmarse que se haya aplicado el convenio bilateral para evitar la doble imposición entre España e Irlanda, de lo que se desprende la inexistencia de una situación de restricción a la libre circulación de capitales. Igualmente se niega que España haya infringido el principio de libertad de circulación de capitales y de no discriminación consagrado en el Derecho comunitario, art. 56 y 58 del Tratado de la Comunidad Europea, al no existir una diferencia de trato fiscal en la tributación final de los dividendos nacionales obtenidos por accionistas residentes en relación con los percibidos por accionistas no residentes.

c) Frente a la anterior resolución, la representación procesal de Vanguard interpuso recurso contencioso-administrativo, que fue tramitado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que, como ya hemos dicho, dictó sentencia de 19 de abril de 2018, que lo desestimó.

La sentencia razona lo siguiente, en síntesis, en relación con la existencia de discriminación a las sociedades no residentes en la regulación del IRNR por la infracción del artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (FJ 5º):

"QUINTO.- La cuestión central que se discute en el presente procedimiento consiste en determinar si la actora tiene derecho, respecto de los dividendos percibidos en España, a la aplicación del mismo tipo de gravamen que se encuentra previsto en la normativa interna para las entidades comparables residentes en territorio español y, en relación con ello, si acredita el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación española a las Instituciones de Inversión Colectiva españolas.

Las resoluciones recurridas lo niegan argumentando, en esencia, que la diferencia de tributación invocada por la entidad reclamante resulta de comparar la tributación que nuestro Derecho establece para los dividendos obtenidos en España por 110 residentes en España y por entidades como la reclamante, para concluir la interesada que su tributación, con ocasión de la percepción de dividendos en España, incurre en discriminación prohibida por la normativa comunitaria al ser más gravosa que la que hubiera soportado un fondo de inversiones español de análogas características, ya que, a diferencia de lo que ocurre con estos, no se le han devuelto las retenciones soportadas, siendo su tributación final muy superior al 1 % que soportan las rentas obtenidas por los fondos españoles, lo que afirma es contrario al principio de libre circulación de capitales establecido en el artículo 63 del TFUE que prohíbe todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y también entre Estados miembros y terceros países, y añade que dicha discriminación no está justificada.

Añaden que, sin embargo, el artículo 65.1.a) del TFUE permite conceder un trato diferente a contribuyentes diferentes. Portante, es claro que no puede afirmarse que haya restricción de la libertad de circulación de capitales, en términos del artículo 63 del TFUE, si la diferencia de trato obedece a diferencias objetivas entre las entidades, residentes y no residentes, cuya tributación se compara. Por lo que, antes de afirmar la existencia de trato discriminatorio, se debe realizar un análisis de comparabilidad entre la IIC reclamante y las IIC residentes en España, para determinar si cumple los mismos requisitos objetivos que hacen que a éstas se les aplique un régimen fiscal especial que determina la tributación al 1% en el Impuesto sobre Sociedades, y el diferimiento de la tributación definitiva al momento de percepción de la rentabilidad por los partícipes o accionistas. La aplicación de dicho régimen especial está condicionada a que la entidad que pretenda su aplicación cumpla los requisitos para ser considerada IIC, lo que obliga a determinar cuáles son las condiciones básicas que la legislación específica exige para adquirir y mantener tal condición, ya que estas mismas condiciones habrán de ser exigidas a las entidades no residentes que pretendan aplicarlo, en este caso a una entidad procedente de Irlanda. En cuanto a la carga de la prueba, es evidente que es el reclamante quien tiene toda la disponibilidad y facilidad probatoria a su alcance, ya que se trata de acreditar requisitos de su propia actividad y de su configuración orgánica, y, en su caso, de obtener certificación fehaciente de organismos públicos de su propio país de residencia acerca de dichos requisitos. Por contra, la administración española carece de las herramientas necesarias para acceder a la información que al contribuyente le será fácil obtener.

La entidad reclamante aportó durante el procedimiento la siguiente documentación:

-certificado de residencia fiscal en Irlanda.

-copia de los certificados de retenciones del banco custodio y subcustodio.



-traducción jurada de un contrato de 24 de marzo de 1998 firmado por Vanguard Investment Series PLC y Chase Manhattan Bank (Ireland) para justificar la relación jurídica existente entre el Banco custodio JP Morgan Chase y Vanguard Investment Series

- certificado del Banco Central de Irlanda (redactado en inglés) en el que se especifican los distintos subfondos de la entidad Vanguard Investment Series PLC. Sociedad de Inversión (OICVM) que, cumpliendo los requisitos de la Directiva 85/611 CEE, fue autorizada por el Banco Central de Irlanda el 25 de marzo de 1998, y se indica que dicho Banco es la autoridad competente en Irlanda que lleva a cabo las funciones previstas en la Directiva 85/611 CEE sobre la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores.

A la vista de la documentación aportada, la Oficina Gestora considera que no se han acreditado los elementos que resultan sustanciales para que las IIC españolas puedan aplicar el régimen especial de tributación del Impuesto sobre Sociedades:

-No se ha acreditado que la entidad tenga más de 100 partícipes, requisito de cuyo carácter imprescindible no puede dudarse al ser expresamente exigido por el propio artículo 28.5.b) del TRLIS de 2004, cuya ausencia inicial impide acceder a la condición de IIC, y su pérdida sobrevenida supone incurrir en causa de revocación de la autorización, lo que ocasiona la pérdida del régimen de tributación.

-Tampoco se ha acreditado por parte de la entidad la tenencia del patrimonio o capital social mínimo exigido para las IIC residentes, ni el que se exige para los fondos de inversión de carácter financiero, 3.000.000 euros, con carácter general, ni tampoco el que se exige a las SICAV de 2.400.000 euros.

-No acredita dichos requisitos el certificado emitido por el Banco Central de Irlanda, ya que en él no se hace alusión alguna al cumplimiento de los requisitos relativos a la tenencia de más de cien partícipes, ni al capital social mínimo exigido para los fondos de inversión. Debe resaltarse que aun cuando en dicho certificado la autoridad competente en esta materia en Irlanda (el Banco Central de Irlanda) haya certificado la compatibilidad de la interesada con la Directiva 85/611 (modificada por la Directiva 2001/108/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de enero de 2002), esta afirmación no presupone, en absoluto, el cumplimiento de los citados requisitos, ya que dicha Directiva no se refiere de forma expresa al cumplimiento de ellos, siendo, no obstante, requisitos exigidos por la normativa española. La 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, cuyo carácter sustancial es claro en la normativa fiscal española, y cuyo incumplimiento impediría el acceso al régimen fiscal español de las IIC residentes en nuestro país. Porque el mantenimiento de la libertad de circulación de capitales no obliga a los Estados miembros a ser menos exigente con residentes de terceros estados de lo que es con sus propios residentes, por lo que nada obliga a interpretar dicha legislación de modo que suponga que requisitos exigidos a residentes en España no sean también exigidos a residentes en otros estados miembros.

-Tampoco justifica estos extremos la copia de la traducción jurada del que denomina folleto informativo simplificado, en el cual, tras indicar que la reclamante es una sociedad de inversión de capital variable, autorizada por la Autoridad Reguladora de los Servicios Financieros de Irlanda y regulada como OICVM, se explican distintos aspectos sobre el funcionamiento del mismo. Tampoco en este documento se hace indicación alguna sobre el cumplimiento de los requisitos antes citados.

Por tanto, la conclusión final es que la reclamante no acredita estar en situación de igualdad con las IIC españolas en los aspectos que resultan relevantes para el acceso al régimen fiscal especial que demanda.

Pues bien, el criterio expuesto ha sido confirmado por esta Sala en diversas sentencias, siendo ejemplo de ello las de 7 de julio de 2015, recursos 1009 y 1107/2013, de la sección 5ª, y la de 6 de abril de 2017, recurso 136/2017, sección 4ª.

La recurrente considera que el certificado emitido por el Banco Central de Irlanda de fecha 12 de diciembre de 2013, cuya traducción jurada se adjunta a la demanda, acredita que la recurrente cumple todos los requisitos de la Directiva UCIT, cumpliendo con ello los requisitos de comparabilidad con las instituciones de inversión colectiva reguladas en dicha Directiva.

Debe concluirse con las resoluciones impugnadas que con la documentación aportada al expediente la recurrente no cumple las exigencias probatorias necesarias para justificar la concurrencia de semejanza objetiva. En concreto, el Certificado del Banco Central de Irlanda adolece de los defectos que la resolución impugnada refiere. Y lo mismo la copia de la traducción jurada del que la actora denomina folleto informativo simplificado. La 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 en nuestro país".

SEGUNDO.- Preparación y admisión del recurso de casación.

1. El representante procesal de Vanguard presentó, el 12 de junio de 2018, escrito de preparación del recurso de casación contra la sentencia anteriormente mencionada.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como normas de Derecho de la Unión Europea vulneradas, los artículos 63, 64 y 65 del TFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en concreto, la doctrina establecida en las sentencias de 18 de junio de 2009, asunto C-303/2007, de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 y la de 14 de diciembre de 2006, asunto C-170/05

En cuanto a Derecho estatal, considera vulnerados los artículos 9.3, 24 y 120.3 de la Constitución Española, por entender que la sentencia prescinde de parte de la prueba válidamente aportada por la actora y que no está debidamente motivada. Asimismo considera que se vulneran los artículos 33 y 67 de la LJCA y el artículo 218 de la LEC en cuanto a la exigencia de que la sentencia resuelva sobre las pretensiones planteadas por las partes.

3. La Sala de instancia acordó en auto de 18 de junio de 2018 tener por preparado el recurso de casación, emplazando a las partes para su comparecencia ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Admisión del recurso.

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección Primera de esta Sala acordó, por auto de 9 de mayo de 2019, la admisión del recurso de casación, en el que aprecia que concurren en el mismo las circunstancias de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia previstas en el apartado 2.f) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, precisando que 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".

CUARTO.- Interposición del recurso de casación y oposición al mismo.

Recibidas las actuaciones en esta Sección Segunda, la representación procesal de Vanguard interpuso recurso de casación el 28 de junio de 2019, en el que, acogiéndose a la posibilidad ofrecida por la sala de admisión el auto anteriormente mencionado, expuso que la pretensión casacional que da forma al presente recurso, coincide plenamente con la que se mantuvo en los recursos de casación núm. 5405/2017 y 5822/2017.

Tras las anteriores alegaciones, la parte recurrente suplicó a la Sala que "dicte Sentencia por la que anule íntegramente la Sentencia impugnada y declare que una correcta interpretación del Derecho de la Unión Europea exige equiparar la tributación sobre los rendimientos del capital mobiliario percibidos por los OICVM armonizados por la Directiva 2009/65/CE, tanto nacionales como establecidos en otros EEMM de la Unión Europea. Asimismo, suplico que, a resultas de la anulación total de la Sentencia de instancia, esa Sala declare la anulación de los actos administrativos por dicha Sentencia confirmados y, en definitiva, reconozca el derecho a la devolución instada por mi representado junto con los correspondientes intereses de demora".

Por su parte, el Sr. Abogado del Estado, en la representación que le es propia, por escrito presentado con fecha 24 de julio de 2019, formuló oposición al recurso de casación manifestando que no existen razones para dictar una sentencia de signo diferente al recogido en las sentencias testigo, solicitando, en cualquier caso, dada su posición procesal, la desestimación del recurso.

QUINTO.- Señalamiento para deliberación del recurso.



Por diligencia de ordenación de 2 de septiembre de 2019, el recurso quedó concluso y pendiente de votación y fallo, al no haber lugar a la celebración de vista pública por no advertir la Sala la necesidad de dicho trámite.

Por providencia de 16 de octubre, fue designado Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara, señalándose la deliberación, votación y fallo para el día 28 de enero de 2020, fecha en que comenzó la deliberación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del presente recurso de casación y cuestión con interés casacional objetivo.*

Es objeto del presente recurso de casación la sentencia de 19 de abril de 2018 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso contencioso administrativo dirigido contra la resolución de 18 de marzo de 2016 del TEAR de Madrid por la que se desestiman las reclamaciones económico-administrativas

28/16368/2014, 28/16369/2014, 28/16642/2014, 28/16649/2014, 28/16638/2014, 28/16640/2014,
28/16750/2014, 28/16751/2014, 28/16429/2014, 28/16431/2014, 28/16424/2014, 28/16355/2014,
28/16393/2014, 28/16322/2014, 28/16668/2014, 28/16669/2014, 28/16372/2014, 28/16373/2014,
28/16477/2014, 28/16478/2014, 28/16361/2014, 28/16362/2014, 28/16068/2014, 28/16070/2014,
28/15720/2014, 28/15817/2014, 28/15673/2014, 28/15520/2014, 28/15573/2014, 28/15581/2014,
28/15565/2014, 28/15569/2014, 28/15544/2014, 28/15546/2014, 28/16387/2014, 28/16350/2014,
28/16685/2014, 28/16686/2014, 28/16690/2014, 28/16692/2014, 28/16783/2014, 28/16670/2014,
28/16673/2014, 28/16674/2014, 28/16826/2014, 28/16743/2014, 28/16805/2014, 28/16829/2014,
28/16682/2014, 28/16683/2014, 28/16737/2014 y 28/16738/2014,

interpuestas contra la desestimación de las solicitudes de devolución del IRNR.

Los antecedentes de este recurso tienen gran similitud con los de las sentencias de esta misma Sala y Sección núm. 418/2019, de 27 de marzo y 431/2019, de 28 de febrero, siendo los siguientes:

Se recoge en la sentencia de instancia, como hechos relevantes, que la recurrente, fondo de inversión establecido y residente fiscal en Irlanda, solicitó la devolución de la cantidad retenida a cuenta del IRNR, sobre los dividendos obtenidos por su inversión en acciones cotizadas españolas al entender que la aplicación de la retención del 15 por 100 establecida en el Convenio de doble imposición entre España e Irlanda constituye una restricción a la libre circulación de capitales, ya que los fondos de inversión residentes en España tributan al 1 por 100 en el Impuesto sobre Sociedades, por lo que solicitaba la devolución de la diferencia.

Considera la Sala de instancia, siguiendo el parecer de las resoluciones recurridas, que el artículo 65.1.a) del TFUE permite conceder un trato diferente a contribuyentes que se encuentren en distinta situación, de manera que no puede afirmarse que haya restricción de la libertad de circulación de capitales, en términos del artículo 63 del TFUE, si la diferencia de trato obedece a diferencias objetivas entre las entidades, residentes y no residentes, cuya tributación se compara.

Procede, pues, a realizar el Tribunal juzgador un contraste de situaciones entre la IIC reclamante y las IICs residentes en España, a efecto de comprobar si cumple los mismos requisitos objetivos que hacen que a éstas se les aplique un régimen fiscal especial que determina la tributación al 1 por 100 en el Impuesto sobre Sociedades, y el diferimiento de la tributación definitiva al momento de percepción de la rentabilidad por los partícipes o accionistas. Lo que conlleva examinar los requisitos que se exigen legalmente y, correspondiéndole a la parte solicitante la carga de la prueba de que efectivamente cumple los citados requisitos exigidos a las ICCs residentes.

Concluyen los jueces *a quo* afirmando que la demandante no ha acreditado que tenga más de 100 partícipes, tampoco la tenencia del patrimonio o capital social mínimo exigido para las IICs residentes, ni el que se exige para los fondos de inversión de carácter financiero, 3.000.000 euros, con carácter general, ni tampoco el que se exige a las SICAV de 2.400.000 euros; en definitiva, la reclamante no ha acreditado estar en situación de igualdad con las IICs españolas en los aspectos que resultan relevantes para el acceso al régimen fiscal especial que demanda. Remitiéndose a la tesis que ya anteriormente había desarrollado en sentencias tales como en las sentencias de 7 de julio de 2015 (recursos 1107/2013 y 1009/2013) y la de 6 de abril de 2017, recurso 136/2017.

Preparado recurso de casación por la parte demandante, se dictó por este Tribunal auto de admisión del mismo, en el que se señala que el debate en la instancia giró en torno a si "Vanguard" tenía o no derecho, "respecto de los dividendos percibidos en España en los ejercicios 2006 y 2008, 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). Para la entidad recurrente, con esta decisión se vulneran 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". Identificando como cuestión con interés casacional objetivo, 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.

SEGUNDO.- *Sobre los términos del debate y las bases que deben servir para dilucidar y resolver el conflicto. Remisión a las sentencias de esta misma Sala y Sección núm. 418/2019, de 27 de marzo y 431/2019, de 28 de marzo .*

Debe comenzarse señalando que, aunque esta Sala no se ha enfrentado con anterioridad a un asunto completamente idéntico al que ahora nos ocupa, se ha pronunciado, sin embargo, sobre cuestiones que guardan una estrecha relación con la que es objeto de la presente *litis*, al punto de que esos pronunciamientos -que debemos reiterar, como veremos, por elementales exigencias de los principios de unidad de doctrina y seguridad jurídica- condicionarán decisivamente la suerte del presente recurso de casación.

Como hemos dicho en las sentencias núms. 418/2019, de 27 de marzo (recurso de casación núm. 5405/2017) y 431/2019, de 28 de marzo (recurso de casación núm. 5822/2017), si en el presente proceso se dilucida la procedencia o no de la devolución de las cantidades retenidas en el IRNR a IIC no residente porque se ha podido vulnerar el principio europeo de libertad de circulación de capitales, art. 63 del TFUE, en los autos a los que ahora nos referiremos nos pronunciamos sobre esta cuestión al resolver sobre el procedimiento adecuado para la devolución de las cantidades retenidas en el porcentaje cuestionado y fecha a partir de la cual corren los intereses.

La cuestión nuclear queda pues, resuelta porque, ciertamente, en esos pronunciamientos se partía, claramente, de la existencia de discriminación -contraria al Derecho de la Unión Europea- en la tributación de entidades como nuestra recurrente actual.

Y aunque los términos del debate en la instancia no fueron los mismos, se desprende de los términos de las sentencias anteriores y a la luz de cómo se planteaba el litigio, que el motivo de acoger la improcedencia de la retención en aquellos porcentajes, no lo fue por no reunir el ICC los requisitos para aplicación del tipo de 1 por 100 en el Impuesto sobre Sociedades, sino por entender que al establecer el distinto tratamiento se conculcaba el art. 63 del TFUE.

En concreto en la sentencia de 5 de junio de 2018, dictada en el recurso de casación núm. 634/2017, resolvimos un supuesto sobre un fondo de pensiones; y, más singularmente, en relación con un fondo de inversiones, se dictó la sentencia de 5 de diciembre de 2018 (recurso de casación núm. 129/2017), en relación con el devengo de intereses de demora correspondientes a la devolución de las retenciones practicadas a una institución de inversión colectiva en valores mobiliarios (residente en Luxemburgo sin establecimiento permanente en España) sobre dividendos percibidos de sociedades residentes.

Se dijo entonces por este Tribunal lo siguiente:

"1. La infracción del Derecho de la Unión Europea es clara.

1.1. En primer lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha señalado (STJUE de 6 de junio de 2000, Asunto C-35/98, Verkooijen (EU:C:2000:294); de 8 de noviembre de 2007, Asunto C-379/05, Amurta (EU:C:2007:655) que los dividendos percibidos por un residente de un Estado miembro, procedentes de una sociedad residente en otro Estado de la UE están comprendidos en el objeto de la Directiva 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio, conocida como Directiva de liberalización de capitales, y por tanto, en el ámbito de la libre circulación de capitales del artículo 67 del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas, actual artículo 63 del Tratado FUE.

...1.3. Por otra parte, la sentencia del propio TJUE de 17 de septiembre de 2015 aborda una cuestión directamente relacionada con la que ahora nos ocupa, en los asuntos acumulados C-10/14, C-14/14 y C-17/14 (Miljoen) (EU:C:2015:608), declarando que:



"Los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que obliga a practicar una retención en la fuente sobre los dividendos que una sociedad residente reparte tanto a los contribuyentes residentes como a los no residentes, estableciendo un mecanismo de deducción o devolución de las cantidades retenidas únicamente en el caso de los contribuyentes residentes, mientras que para los contribuyentes no residentes -personas físicas y sociedades- tal retención constituye un impuesto definitivo, en la medida en que la carga impositiva definitiva que los contribuyentes no residentes soporten en dicho Estado miembro en lo que respecta a los mismos dividendos sea mayor que la que soportan los contribuyentes residentes, extremo que incumbe verificar, en los litigios principales, al tribunal remitente..."

A tales sentencias cabe añadir las que menciona la sentencia de la Audiencia Nacional: la STJUE de 8 de noviembre de 2012 (asunto Comisión Europea/República de Finlandia, C-342/10) (EU:C:2012:688); la de 6 de octubre de 2015 (asunto Finanzamt Linz, C-66/14) (EU:C:2015:661); y la STJUE de 2 de junio de 2016 (asunto Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14) (EU:C:2016:402). Además, puede ser mencionada la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 18 de abril de 2013 (asunto Mariana Irimie, C-565/11) (EU:C:2013:250), que contiene una doctrina particularmente pertinente al caso, no sólo por la identidad sustancial de la situación analizada por el Tribunal de Justicia en relación con la legislación rumana, sino por el modo de afrontar la restitución del perjuicio ocasionado por el pago de un impuesto contrario al Derecho de la Unión. En su fallo se declara que "[e]l Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que limita los intereses abonados al proceder a la devolución de un impuesto percibido en infracción del Derecho de la Unión a los devengados a partir del día siguiente a la fecha de presentación de la solicitud de devolución de dicho impuesto", que es precisamente la decisión judicial adoptada por la Sala juzgadora y sobre la que ahora debemos mostrar nuestro parecer.

1.4. No es preciso ahondar, por consiguiente, en la existencia de una infracción del Derecho de la Unión Europea que luce con toda evidencia a resultas de la lectura de las sentencias que hemos reseñado, siendo de añadir que ni el TEAC la niega -ya que se limita a restringir el periodo de devengo de la deuda de intereses de demora asociados a la devolución que reputa procedente- ni tampoco el Abogado del Estado, cuyo recurso de casación adolece en buena medida de inconcreción en este punto.

Baste con considerar que la sociedad recurrente fue sometida a una retención en el IRNR, practicada por las respectivas sociedades pagadoras de los dividendos en los periodos consignados en los antecedentes de hecho, y que tal retención, en la mecánica del impuesto, es ya inamovible, esto es, supone en realidad la cuota tributaria. Tal modo de gestionar el impuesto implica la exigencia de un gravamen que, de un lado, supera al que sería finalmente procedente para la sociedad si fuera residente; y, de otro, impide al sujeto pasivo promover, en el seno del impuesto, la devolución de esa diferencia.

Cabe añadir que la existencia de este trato discriminatorio, por contravenir el principio de libre circulación de capitales del artículo 63 TFUE, ha sido concluyentemente admitida por el legislador en 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, que incluye un nuevo apartado 6 en el artículo 24 de la Ley del IRNR, como argumenta la sentencia de instancia. El artículo cuarto de la citada Ley se ocupa de la "modificación del Texto Refundido del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo". Puede sintetizarse la reforma llevada a término por la expresada ley afirmando que modifica tres artículos del Texto Refundido (14, 24 y 31). En lo que aquí interesa, las modificaciones relevantes son las siguientes:

"...Dos. Se añaden dos nuevas letras, k) y l), al apartado 1 del artículo 14 con la siguiente redacción:

(1. Estarán exentas las siguientes rentas):

...l) Los dividendos y participaciones en beneficios obtenidos sin mediación de establecimiento permanente por las instituciones de inversión colectiva reguladas 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; no obstante en ningún caso la aplicación de esta exención podrá dar lugar a una tributación inferior a la que hubiera resultado de haberse aplicado a dichas rentas el mismo tipo de gravamen por el que tributan en el Impuesto sobre Sociedades las instituciones de inversión colectiva domiciliadas en territorio español.

...Tres. Se añade un nuevo apartado 6 al artículo 24 con la siguiente redacción:

6. Cuando se trate de contribuyentes residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea, se aplicarán las siguientes reglas especiales:

...1.ª Para la determinación de la base imponible correspondiente a los rendimientos que obtengan sin mediación de establecimiento permanente, se podrán deducir los gastos previstos en la Ley 35/2006, de 28



de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, siempre que el contribuyente acredite que están relacionados directamente con los rendimientos obtenidos en España y que tienen un vínculo económico directo e indisoluble con la actividad realizada en España.

...Cinco. Se modifica el apartado 4 del artículo 31, que queda redactado de la siguiente forma:

4. No procederá practicar retención o ingreso a cuenta respecto de:

a) Las rentas que estén exentas en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 o en un convenio para evitar la doble imposición que resulte aplicable, sin perjuicio de la obligación de declarar prevista en el apartado 5 de este artículo.

No obstante lo anterior, sí existirá obligación de practicar retención o ingreso a cuenta respecto de las rentas a las que se refieren las letras j), k) y l) del apartado 1 del artículo 14..."

Como culminación de cuanto hemos expuesto, debemos afirmar que la vulneración del Derecho de la Unión Europea es aquí de doble signo: de un lado, en su aspecto material, porque las sociedades no residentes receptoras de dividendos de empresas residentes son discriminatoriamente tratadas en relación con esas mismas empresas si fueran residentes, como consecuencia de que la base imponible del impuesto real se calcula en las primeras sobre el importe íntegro (artículos 23 de la Ley 41/1998 y 24 del Texto Refundido de 2004), sin posibilidad alguna de deducir los gastos o provisiones y, además, por razón de que la ley española a que se someten por obligación real tales rendimientos no prevé mecanismos específicos de recuperación de los ingresos excesivos, pues los artículos 27.3 y 28.3 de ambas leyes sucesivas en el tiempo lo excluyen positivamente, si bien mediante el uso de una expresión equívoca y oblicua: Así, dice este último que "3. No se exigirá a los contribuyentes por este impuesto la presentación de la declaración correspondiente a las rentas respecto de las que se hubiese practicado la retención o efectuado el ingreso a cuenta, a que se refiere el artículo 31". En realidad, lo que significa el verbo nuclear de la proposición normativa no se exigirá es que no se permitirá".

Debemos también referirnos, por la similitud con el caso que examinamos, a la sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2012, Asunto C-387/11. En este caso se parte de la diferencia de trato entre el régimen fiscal de las sociedades residentes y el de las sociedades no residentes que no poseen un establecimiento permanente en Bélgica, encontrándose ambos grupos de sociedades en situaciones fácticas y jurídicas objetivamente distintas lo que, a criterio de las autoridades belgas, justifica la diferencia de trato dispensado, siendo así que las sociedades de inversión domiciliadas en Bélgica están exentas del impuesto sobre sociedades por tratarse de rendimientos del capital mobiliario. Considera al respecto el Tribunal lo siguiente:

"39 Si bien es cierto que el derecho a la exención y a la imputación que se reconoce a las sociedades de inversión residentes está sometido a determinados requisitos y límites, que se recogen en particular en los artículos 281 y 282 del CIR 1992, no lo es menos que a las sociedades de inversión no residentes que no poseen un establecimiento permanente en Bélgica no se les da la misma posibilidad, y que, por ello, la retención efectuada sobre los rendimientos del capital mobiliario que ese segundo grupo de sociedades percibe de sociedades belgas en las que realizaron una inversión supone, con arreglo al artículo 248 del CIR 1992, una tributación definitiva.

40 En consecuencia, procede declarar que la legislación fiscal belga instaaura un trato fiscal desfavorable para los rendimientos del capital mobiliario percibidos por las sociedades de inversión no residentes que no poseen un establecimiento permanente en Bélgica en comparación con los rendimientos percibidos por las sociedades de inversión, residentes o no, que poseen un establecimiento permanente en Bélgica".

Afirma el TJUE, además, que el art. 65 del TFUE supone una excepción a la regla general al principio fundamental de libre circulación de capitales, por lo que debe ser objeto de interpretación en sentido estricto, de manera que:

"...las disposiciones nacionales no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 63.

45 Por lo tanto, deben distinguirse las diferencias de trato permitidas por el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), de las discriminaciones prohibidas por el apartado 3 de este artículo. Pues bien, según la jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional 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 (véanse las sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 43; de 7 de septiembre de 2004,



Manninen, C-319/02, Rec. p. I-7477, apartado 29; de 1 de diciembre de 2011, Comisión/Bélgica, C-250/08, Rec. p. I-12341, apartado 51, y Santander Asset Management SGIIC y otros, antes citada, apartado 23)".

En el caso concreto que examina, respecto del distinto trato dado a las residentes y no residentes, en cuanto se pretende evitar la doble imposición, se dice que:

"51 Pues bien, en el presente caso es preciso constatar que el Reino de Bélgica ha optado por ejercer su potestad tributaria sobre las rentas percibidas por sociedades de inversión residentes en otros Estados miembros. Las sociedades no residentes que perciben tales rentas se encuentran, en consecuencia, en una situación comparable a la de las sociedades residentes en cuanto al riesgo de tributación en cadena de los rendimientos del capital mobiliario, de manera que las sociedades beneficiarias no residentes no pueden ser tratadas de modo diferente a las sociedades beneficiarias residentes (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Comisión/España, apartado 53, y Comisión/Alemania, apartado 58).

53 Efectivamente, por una parte, por lo que se refiere a la carga fiscal derivada del pago del impuesto especial recogido en el mencionado artículo 219 del CIR 1992, al que sólo están sometidas las sociedades de inversión residentes, procede recordar que, conforme a jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, un trato fiscal desfavorable contrario a una libertad fundamental no puede considerarse compatible con el Derecho de la Unión por el hecho de que existan otras ventajas, suponiendo que tales ventajas existan (sentencia Comisión/Alemania, antes citada, apartado 71 y jurisprudencia citada)".

En cuanto a las restricciones sobre la libre circulación de capitales impuesta por la normativa nacional, en consideración al ejercicio de la potestad tributaria por cada Estado y garantizar la eficacia de los controles fiscales, se afirma:

"76. No obstante, también resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que, en la medida en que un Estado miembro haya decidido no someter al impuesto a las sociedades beneficiarias establecidas en su territorio con respecto a este tipo de rendimientos, 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 las sociedades beneficiarias establecidas en otro Estado miembro (sentencias antes citadas Amurta, apartado 59; Aberdeen Property Fininvest Alpha, apartado 67, y de 20 de octubre de 2011, Comisión/Alemania, apartado 78).

79. No obstante, si en el presente caso se concediera a las sociedades establecidas en otro Estado miembro que no poseen un establecimiento permanente en Bélgica la exención de los rendimientos del capital mobiliario y la imputación de la retención efectuada en origen sobre dichos rendimientos por el Reino de Bélgica, ello no significaría que de hecho este Estado miembro tuviera que renunciar a su facultad de gravar un rendimiento generado por una actividad económica ejercida en su territorio. En efecto, los rendimientos percibidos por las sociedades residentes ya se han sometido a imposición a cargo de las sociedades distribuidoras como beneficios obtenidos por éstas.

80. En segundo lugar, si bien el Tribunal de Justicia ha reconocido que la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales es una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado (véase la sentencia Dijkman y Dijkman Lavaleije, antes citada, apartado 58), en el presente caso es preciso constatar que carece de fundamento alegar dicho objetivo para justificar la restricción controvertida.

81. Efectivamente, ha quedado acreditado que las sociedades de inversión no residentes, independientemente de las garantías relativas al control fiscal que pudieran presentar, no pueden en ningún caso disfrutar de la exención de los rendimientos del capital mobiliario respecto de las rentas que perciben de sociedades belgas, ni de la imputación o devolución de la retención efectuada sobre dichos rendimientos".

En el caso enjuiciado en el presente recurso de casación, la entidad recurrente es un fondo de inversión - armonizado- constituido y autorizado de conformidad con lo previsto en la Directiva 85/611/CEE, que pretendía la armonización de los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, con la internacionalización de la inversión colectiva en el camino de hacer realidad un mercado único europeo de las IICs, estableciéndose requisitos comunes para la organización, gestión y supervisión del fondo, e imponiendo normas de funcionamiento, dejando a salvo el ejercicio de la potestad fiscal de cada Estado Miembro. Hoy es de aplicación la Directiva 2009/65/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, que sustituye a la anterior. Autorizado el fondo que reúne las características previstas en la Directiva, pueden ofrecerse al público en toda la UE.

El distinto trato fiscal que recibían los IICs residentes y no residentes, lo encontramos en la regulación fiscal que se preveía según fueran o no residentes, a cuyo efecto nos remontamos a la legislación aplicable al tiempo a que se refiere la devolución instada.



Respecto de las residentes, se establece un tipo reducido de gravamen del 1 por 100 aplicable a las IICs que alcancen el número mínimo de accionistas o partícipes establecido, art. 28 TRLIS, en relación con los artículos 5.4 y 9.4 de la LIIC, que en lo que en relación con el caso que nos ocupa se traduce en un mínimo de 100 partícipes o accionistas. Los fondos de inversión residentes son sujetos pasivos, art. 7.1 b) de la TRLIS, en relación con el art. 35.4 de la Ley 58/2003. Se justifica el régimen especial de tributación en el objetivo de neutralidad fiscal para la inversión colectiva, pretendiendo evitar la doble imposición interna de dividendos, y así mismo art. 57.1 del TRLIS se establece que las sociedades y fondos de inversión sometidas al régimen especial no podrán aplicar deducción alguna en la cuota ni la exención de rentas en la base imponible para evitar la doble imposición internacional.

Respecto de las no residentes sin establecimiento permanente, las rentas procedentes de valores emitidos por personas o entidades residentes en territorio español quedan sujetas y tributan por IRNR a un tipo fijo, 15 por 100 o 18 por 100, según el año. Hemos de indicar, a efectos meramente ilustrativos, pues ninguna incidencia tiene para resolver el presente recurso, que las IICs domiciliadas en Irlanda, como la recurrente, no estén sometidas a imposición directa, por lo que la tributación se situaba solo al nivel del partícipe, con un tratamiento común al de los dividendos y plusvalías de naturaleza mobiliaria, sin embargo la cuestión propuesta se limita a la compatibilidad de las situaciones de las entidades de inversión, no en la de los partícipes, como novedosamente se hace en la STJUE de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds, Asunto C- 480/16.

Basta la comparación del tratamiento fiscal de las ICCs residentes y no residentes para concluir, abundando en lo dicho en nuestras sentencias antes citadas, que se produce una distorsión fiscal favoreciendo a las ICCs residentes, que tributarán al 1 por 100, respecto de las no residentes que lo harán al 15 por 100 o 18 por 100, lo que constituye un trato fiscal diferente por razón del lugar de residencia; lo que conculca al artículo 63 TFUE al constituir una restricción a la libre circulación de capitales.

Y ello nos sitúa en el ámbito del art. 65 del TFUE, esto es, si concurren circunstancias objetivas y de suficiente entidad como para justificar el distinto trato.

TERCERO.- *Sobre la resolución del litigio y sobre el contenido interpretativo de las cuestiones con interés casacional.*

Continuando con la remisión a las sentencias de esta misma Sala y Sección núm. 418/2019, de 27 de marzo y 431/2019, de 28 de marzo, debemos recordar que ya se dio cuenta anteriormente de los términos en los que se pronuncia la sentencia de instancia. Reconoce, sin duda, la diferencia de trato entre ICCs residentes y no residentes, si bien considera que no hay restricción de la libertad de circulación de capitales en los términos del art. 63 del TFUE, en tanto que, aplicando el art. 65 del TFUE, la diferencia de trato obedece a diferencias objetivas entre las entidades residentes y no residentes cuya tributación se compara.

Al efecto concluye, como se ha tenido ocasión de poner de manifiesto, que la comparación que ha de hacerse debe girar en torno, no a las pautas generales que resultan de las directivas, sino de los requisitos concretos que establece la legislación española, y comprobar si cumple la recurrente las mismas exigencias objetivas que hacen que a las residentes se les aplique el régimen fiscal especial que determina la menor tributación, sin que la demandante haya acreditado que tenga más de 100 partícipes, ni tampoco que disponga de un patrimonio o capital social mínimo exigido para las IICs residentes.

Cabe advertir que el enjuiciamiento debe necesariamente efectuarse a tenor de los términos en los que las partes han propuesto el debate, en función del concreto pronunciamiento judicial cuestionado, sin que quepa realizar un análisis en abstracto, ni entrar en consideraciones ajenas al concreto supuesto que nos ocupa. Ya se ha dicho, por tanto, que el test de comparabilidad ha de hacerse sobre las entidades de inversión colectivas residentes y no residentes, no respecto de los partícipes de las mismas. Por otro lado, la sentencia de instancia lo que viene es a negar la restricción prohibida en el art. 63 del TFUE en cuanto que la reclamante no cumple, o mejor, no acredita que cumple, los requisitos exigidos por la legislación nacional para beneficiarse del régimen especial que conlleva la menor tributación.

Pues bien, como se deduce de las numerosas sentencias del TJUE, la comparación a tener en cuenta para examinar si la restricción, o distinto trato, se justifica en los términos en que ha sido interpretado el art. 65 del TFUE, ha de hacerse en relación con la normativa nacional, esto es, si en función de la regulación que se hace en general de la tributación de las OICVM, las entidades no residentes pueden obtener las ventajas fiscales que se prevén para las residentes.

La respuesta que da la sentencia de instancia es que para obtener la ventaja fiscal de la menor tributación, que a la postre y oblicuamente le otorga a las ICCs residentes mediante la aplicación del régimen especial en el impuesto sobre sociedades visto que determina la tributación de las rentas que nos ocupan al 1 por 100 y no al 15 por 100 o 18 por 100, basta con que las no residentes cumplan los requisitos que se contemplan



legalmente para beneficiarse del citado régimen especial al que se acogen las residentes; de ahí que en el caso enjuiciado, dado que no se ha acreditado por la recurrente que cumple los requisitos concretos que marca la legislación española, ello le impide el acceso al régimen fiscal para las ICCs residentes.

Entendemos que tal discurrir no es correcto, pues aun cuando las no residentes cumplan los citados requisitos, el régimen especial del impuesto sobre sociedades, que indirectamente da lugar a la menor tributación en el ámbito que nos ocupa a tenor de los mecanismos articulados al efecto para beneficiarse del régimen especial en el impuesto sobre sociedades, no le son de aplicación a las mismas, lo que conlleva que el único medio que posibilita que se otorgue un trato no diferenciado restrictivo a las no residentes respecto de las residentes es considerar que se produce la vulneración del principio recogido en el art. 63 del TJUE; y sólo una vez declarada su vulneración, se podrán beneficiar las no residentes del mismo régimen tributario.

Conviene recordar que la Ley reguladora del IRNR no prevé mecanismos para el reintegro de los ingresos satisfechos en contravención del Derecho de la Unión Europea, de forma que el cauce legal adecuado para la devolución de ingresos indebidos ilícitos es el establecido en el art. 32 de la LGT, pues la devolución de ingresos indebidos que este precepto regula se refiere inexorablemente a ingresos "originariamente indebidos" lo que aquí concurre, pues "el ingreso se produjo en aplicación de una norma que el TJUE ha estimado contraria al Derecho comunitario, por lo que debe reputarse como indebido".

Por tanto, no es la concreta situación de cada OICVM no residente la que justifica, en los términos del art. 65 del TFUE, la restricción, y que en algún caso particular pueda repararse la diferencia, sino que la justificación del trato fiscal diferenciado entre IICs residentes y no residentes debe contenerse en la propia normativa nacional, esto es, que la misma no sea contraria a la circulación de capitales en la medida que se establezca los mecanismos para evitar las restricciones prohibidas sin necesidad de acudir a mecanismos ajenos a la concreta regulación de la tributación de las rentas procedentes de las inversiones en valores mobiliarios de las OICVM, tanto residentes como no residentes.

En definitiva, como ya dijimos en las sentencias anteriores relativas a los intereses derivados del derecho a la devolución, nos encontramos ante una infracción del Derecho de la Unión Europea originaria, que existe por el hecho mismo de que en el IRNR la retención no sea propiamente tal, sino una forma *sui generis* de gestión tributaria, en tanto que lo que se denomina "retención" no es un pago a cuenta pendiente de un ajuste posterior, sino el pago final de la cuota, sin posibilidad alguna de reembolso de lo excesivo, precisamente porque la ley no concibe en su diseño legal la posibilidad de exceso.

De todo lo cual se desprende que la respuesta interpretativa sobre las cuestiones identificadas en el auto de admisión, teniendo en cuenta que se hace en referencia a la legislación aplicable por razones temporales al caso de autos, es que el sometimiento, mediante los mecanismos indirectos contemplados, a distinto tipo de gravamen a las IICs residentes y no residentes suponía un tratamiento fiscal discriminatorio no justificado restrictivo de la libre circulación de capitales.

Y la consecuencia ineludible de esa interpretación es la estimación del recurso de casación y el acogimiento de la pretensión articulada en la instancia por la parte demandante.

CUARTO.- Sobre las costas.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, respecto de las costas de la casación, no procede hacer un pronunciamiento condenatorio sobre las mismas; y por lo que se refiere a las costas de la instancia, a tenor del artículo 139.1 LJCA, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad, habida cuenta de las dudas de derecho que suscita la cuestión litigiosa.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

Primero. Fijar los criterios interpretativos establecidos en el fundamento jurídico tercero.

Segundo. Estimar el recurso de casación núm. **4275/2018**, interpuesto por VANGUARD GLOBAL STOCK INDEX FUND, contra la sentencia núm. 214/2018, de 19 de abril, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Cuarta) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pronunciada en el procedimiento ordinario núm. 144/2017, sobre denegación de la petición de devolución de ingresos indebidos de determinadas cantidades retenidas a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, sentencia que se casa y anula.

Tercero. Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de VANGUARD EUROPEAN STOCK INDEX FUND INVESTMENT contra la sentencia de 19 de abril de 2018 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior



de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso contencioso administrativo dirigido contra la resolución de 18 de marzo de 2016 del TEAR de Madrid por la que se desestiman las reclamaciones económico-administrativas 28/16368/2014, 28/16369/2014, 28/16642/2014, 28/16649/2014, 28/16638/2014, 28/16640/2014, 28/16750/2014, 28/16751/2014, 28/16429/2014, 28/16431/2014, 28/16424/2014, 28/16355/2014, 28/16393/2014, 28/16322/2014, 28/16668/2014, 28/16669/2014, 28/16372/2014, 28/16373/2014, 28/16477/2014, 28/16478/2014, 28/16361/2014, 28/16362/2014, 28/16068/2014, 28/16070/2014, 28/15720/2014, 28/15817/2014, 28/15673/2014, 28/15520/2014, 28/15573/2014, 28/15581/2014, 28/15565/2014, 28/15569/2014, 28/15544/2014, 28/15546/2014, 28/16387/2014, 28/16350/2014, 28/16685/2014, 28/16686/2014, 28/16690/2014, 28/16692/2014, 28/16783/2014, 28/16670/2014, 28/16673/2014, 28/16674/2014, 28/16826/2014, 28/16743/2014, 28/16805/2014, 28/16829/2014, 28/16682/2014, 28/16683/2014, 28/16737/2014 y 28/16738/2014, interpuestas contra la desestimación de las solicitudes de devolución del IRNR.

Cuarto. No hacer imposición de imposición de las costas causadas en el recurso de casación, ni de las causadas en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Nicolás Maurandi Guillén D. Ángel Aguallo Avilés

D. José Antonio Montero Fernández D. Jesús Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero D. Isaac Merino Jara

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; certifico.