

Devolución de retenciones por el impuesto sobre la renta de no residentes a instituciones de inversión colectiva extranjeras

Análisis de la [STS de 5 de diciembre de 2018, rec. núm. 129/2017](#)

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado (jubilado)

Extracto

El presente comentario expone la doctrina derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo 1720/2018, de 5 de diciembre, la cual sienta jurisprudencia, en cuanto reitera el criterio sostenido por la Sentencia 935/2018, también del Tribunal Supremo, en lo concerniente a la cuantificación de los intereses inherentes a la devolución de retenciones por el impuesto sobre la renta de no residentes, soportadas por instituciones de inversión colectiva comunitarias.

Esa doctrina da pie para indagar respecto de la situación jurídica de las instituciones de inversión colectiva extranjeras frente al impuesto sobre la renta de no residentes, así como para efectuar una aproximación crítica respecto de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la materia.

1. Supuesto de hecho

Los hechos pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- Una institución de inversión colectiva constituida y residente en Luxemburgo bajo el amparo de 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), sufrió retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR) respecto de los dividendos pagados por entidades residentes en territorio español. Tales retenciones se practicaron respetando lo previsto en el convenio hispano-luxemburgués.
- El contribuyente solicitó la devolución de las cantidades así retenidas, fundando su derecho en el principio de no discriminación y en las libertades comunitarias, señaladamente la de libertad de movimiento de capitales.
- La Administración tributaria rechazó la pertinencia de la devolución.
- La Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de octubre de 2013 declaró el derecho a la devolución, estableciendo asimismo el derecho del contribuyente a la percepción de intereses a partir de los seis meses siguientes a la presentación de la declaración mediante la cual se solicitó la devolución.
- La Sentencia de la Audiencia Nacional 411/2016, de 29 de septiembre (rec. núm. 167/2014 –NFJ064413–), determinó la fecha de inicio de los intereses en aquella en la que se practicaron las retenciones, por considerar que ese ingreso era indebido, en el sentido del artículo 32 de la Ley General Tributaria (LGT), siguiendo así el criterio establecido por sendas sentencias de la propia Audiencia Nacional de 23 de julio y 22 de octubre de 2016. Es de advertir que la Audiencia Nacional modificó posteriormente ese criterio en la Sentencia de 28 de octubre de 2016 (rec. núm. 13/2013 –NFJ064711–), llevando la fecha de inicio de los intereses al momento en el que se formuló la solicitud de ingresos indebidos. Sin embargo, esta sentencia fue casada por la Sentencia del Tribunal Supremo 935/2018, de 5 de junio (rec. núm. 634/2017 –NFJ070742–), la cual estableció la fecha de inicio de los intereses en el momento en que se practicaron las retenciones, con fundamento en el artículo 32 de la LGT.
- Finalmente, el Tribunal Supremo, mediante la Sentencia 1720/2018, de 5 de diciembre, ha ratificado el criterio establecido en su Sentencia 935/2018.

2. Doctrina del tribunal

La doctrina de la Sentencia 1720/2018 del Tribunal Supremo se proyecta sobre dos extremos.

En primer lugar, fija la fecha de inicio de los intereses correspondientes a la devolución en el momento en el que se practicaron las retenciones, que reputa incorrectas por infracción de la normativa de la Unión Europea. Entiende que ello debe ser así por aplicación de lo previsto en el artículo 32 de la LGT, a cuyo tenor «el interés de demora se devengará desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso indebido hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución». Con ello, como se ha apuntado, reitera la doctrina contenida en su Sentencia 935/2018.

En segundo lugar, declara contrarias a la libertad de movimiento de capitales las retenciones practicadas sobre los dividendos percibidos por una institución de inversión colectiva constituida en Luxemburgo, reiterando, igualmente, la doctrina contenida en su Sentencia 935/2018, si bien esta última estaba referida a una entidad aseguradora.

Aun cuando el conflicto ha versado sobre la fecha de inicio del devengo de los intereses inherentes a la devolución, lo verdaderamente relevante es que los tribunales, tanto de instancia como el Tribunal Supremo, han declarado que la retención por el IRNR, en relación con los dividendos percibidos por una institución de inversión colectiva residente en un Estado miembro de la Unión Europea, provoca una restricción a la libertad de movimiento de capitales prohibida por el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En efecto, la sentencia de instancia, esto es, la Sentencia de la Audiencia Nacional 411/2016, en orden a resolver la cuestión de la fecha de inicio de intereses, ha entendido que debía pronunciarse previamente sobre el fundamento del derecho a la devolución, hallándolo, justamente, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en particular en la Sentencia de 10 de mayo de 2012, *Santander Assets Managements SGII y otros* (en adelante, *Santander Assets*) (asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), a cuyo tenor «los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que prevé la imposición, mediante una retención en origen, de los dividendos de origen nacional cuando son percibidos por organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en otro Estado, mientras que esos dividendos están exentos para los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en el primer Estado».

Ciertamente, las instituciones de inversión colectiva residentes en España sufren retenciones sobre los dividendos que perciben, pero como tributan al 1% por el impuesto sobre sociedades tales retenciones les son, casi en su totalidad, devueltas.

2. Doctrina del tribunal

La doctrina de la Sentencia 1720/2018 del Tribunal Supremo se proyecta sobre dos extremos.

En primer lugar, fija la fecha de inicio de los intereses correspondientes a la devolución en el momento en el que se practicaron las retenciones, que reputa incorrectas por infracción de la normativa de la Unión Europea. Entiende que ello debe ser así por aplicación de lo previsto en el artículo 32 de la LGT, a cuyo tenor «el interés de demora se devengará desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso indebido hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución». Con ello, como se ha apuntado, reitera la doctrina contenida en su Sentencia 935/2018.

En segundo lugar, declara contrarias a la libertad de movimiento de capitales las retenciones practicadas sobre los dividendos percibidos por una institución de inversión colectiva constituida en Luxemburgo, reiterando, igualmente, la doctrina contenida en su Sentencia 935/2018, si bien esta última estaba referida a una entidad aseguradora.

Aun cuando el conflicto ha versado sobre la fecha de inicio del devengo de los intereses inherentes a la devolución, lo verdaderamente relevante es que los tribunales, tanto de instancia como el Tribunal Supremo, han declarado que la retención por el IRNR, en relación con los dividendos percibidos por una institución de inversión colectiva residente en un Estado miembro de la Unión Europea, provoca una restricción a la libertad de movimiento de capitales prohibida por el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En efecto, la sentencia de instancia, esto es, la Sentencia de la Audiencia Nacional 411/2016, en orden a resolver la cuestión de la fecha de inicio de intereses, ha entendido que debía pronunciarse previamente sobre el fundamento del derecho a la devolución, hallándolo, justamente, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en particular en la Sentencia de 10 de mayo de 2012, *Santander Assets Managements SGII y otros* (en adelante, *Santander Assets*) (asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), a cuyo tenor «los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que prevé la imposición, mediante una retención en origen, de los dividendos de origen nacional cuando son percibidos por organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en otro Estado, mientras que esos dividendos están exentos para los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios residentes en el primer Estado».

Ciertamente, las instituciones de inversión colectiva residentes en España sufren retenciones sobre los dividendos que perciben, pero como tributan al 1% por el impuesto sobre sociedades tales retenciones les son, casi en su totalidad, devueltas.

3. Comentario crítico

Los hechos sobre los que versa la Sentencia del Tribunal Supremo 1720/2018 son anteriores a la introducción, por la Ley 2/2010, de 1 de marzo, en el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (TRLIRNR), de una exención a favor de los dividendos percibidos por las instituciones de inversión colectiva amparadas por la normativa comunitaria, pero esto no le resta interés, sino que, por el contrario, lo acrecienta, por cuanto da pie para analizar la bondad de la reforma legislativa y sus principales efectos a la vista del conflicto abordado, al tiempo que estimula el examen de un nutrido conjunto de problemas conexos.

Y así surgen, entre otras, las siguientes cuestiones: ¿Es conforme la solución alcanzada por la sentencia, respecto de la fecha de inicio de los intereses, con el principio de equivalencia propio del ordenamiento de la Unión Europea? ¿Ha quedado superado el conflicto abordado por la sentencia a raíz de la exención introducida por la Ley 2/2010? ¿Es pertinente extender la exención a las instituciones de inversión colectiva no amparadas por el ordenamiento comunitario? ¿Es congruente con la lógica del sistema de imposición directa la exención de la retención respecto de los dividendos e intereses percibidos por las instituciones de inversión colectiva extranjeras?

3.1. Adecuación al principio de equivalencia

El principio de equivalencia, al que la Sentencia del Tribunal Supremo 1720/2018, siguiendo la estela de la Sentencia 935/2018, de este mismo tribunal, apela para fundamentar su decisión, exige igualdad de trato entre las situaciones interna y transfronteriza. Por tanto, el principio de equivalencia está íntimamente vinculado con el principio de no discriminación, y este, a su vez, con las cuatro libertades comunitarias.

En el caso que nos ocupa, la igualdad de trato, una vez establecido el derecho a la devolución con fundamento en el principio de no discriminación y en la libertad de movimiento de capitales, se proyecta respecto de la fecha de inicio del devengo de los intereses asociados a dicha devolución.

Las instituciones de inversión colectiva residentes en España obtienen la devolución de las retenciones en exceso «dentro de los 6 meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación de la declaración» (art. 139.1 TRLIS; actual art. 127.1 Ley 27/2014), coincidiendo dicho término con los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del periodo impositivo (art. 136.1 TRLIS; actual art. 124.1 Ley 27/2014). Transcurrido el plazo mencionado sin que se haya ordenado el pago de la devolución por causa no imputable al contribuyente, «se aplicará a la cantidad pendiente de devolución el interés de demora en la cuantía y forma prevista en los artículos 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, desde el día siguiente al de la finalización de dicho plazo» (art. 139.4 TRLIS; actual art. 127.4 Ley 27/2014).

Al llevar la fecha de inicio de los intereses al momento en el que se produjeron las retenciones, las Sentencias del Tribunal Supremo 935/2018 y 1720/2018 quiebran el principio de equivalencia, por cuanto hacen de mejor condición a las instituciones de inversión colectiva extranjeras respecto de las españolas.

El Tribunal Supremo llega a una solución adversa al principio de equivalencia porque parte de una premisa discutible, a saber, que el principio de no discriminación y la libertad de movimiento de capitales se oponen a la tributación de las instituciones de inversión colectiva comunitarias por el IRNR en relación con los dividendos procedentes de entidades residentes en territorio español y, por ende, a la retención a cuenta de dicho tributo, a la que identifica con la deuda tributaria misma, y de ahí la calificación como ingreso indebido en el sentido del artículo 32 de la LGT y, consecuentemente, la fijación de la fecha de inicio de los intereses en el momento en el que se produjo el ingreso de la retención.

Ahora bien, el principio de no discriminación y la libertad de movimiento de capitales lo que proscriben es que las instituciones de inversión colectiva extranjeras, que sean comparables a las españolas, reciban un trato fiscal desfavorable respecto de estas últimas, pero para alcanzar tal finalidad no es pertinente la no exigencia del IRNR ni de la retención a cuenta del mismo, habida cuenta de que las instituciones de inversión colectiva españolas sufren retención y tributan por el impuesto sobre sociedades, bien a un tipo de gravamen reducido, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos.

A mayor abundamiento, aun siendo cierto que el artículo 28.3 del TRLIRNR libera a los contribuyentes de la «presentación de la declaración correspondiente a las rentas respecto de las que se hubiese practicado retención o efectuado el ingreso a cuenta», de ahí no se sigue que la retención sea la propia deuda tributaria del IRNR, sino que los importes de una y otra son coincidentes.

La equivalencia se hubiera alcanzado situando la fecha de inicio de los intereses dentro de los seis meses siguientes al término del plazo legalmente establecido para la presentación de la declaración por el IRNR, cualquiera que hubiere sido la fecha en la que efectivamente se presentaron las solicitudes de devolución, ya que el contribuyente no ha de soportar el perjuicio derivado de una legislación no respetuosa con los principios y libertades del derecho de la Unión Europea, pero tampoco sacar ventaja de ello.

3.2. Hechos imponderables posteriores a la entrada en vigor de la Ley 2/2010

El artículo 4 de la Ley 2/2010 incorporó un supuesto de exención a la lista de los previstos en el artículo 14 del TRLIRNR, con la letra l), referido «a 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».

Posteriormente, la Ley 2/2011 extendió tal exención «a las instituciones de inversión colectiva residentes en los Estados integrantes del Espacio Económico Europeo siempre que estos hayan suscrito un convenio con España para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria».

A partir de las modificaciones normativas reseñadas, parece claro que el conflicto resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo 1720/2018 no habrá de presentarse.

En efecto, las entidades residentes en territorio español pagadoras de los dividendos deberán retener a cuenta del IRNR, sin que la exención lo impida, como así expresamente lo establece el artículo 31.4 a), párrafo segundo, del TRLIRNR. Por su parte, los contribuyentes, esto es, las instituciones de inversión colectiva extranjeras, presentarán el modelo 210, aprobado por la Orden EHA/3316/2010, a partir del 1 de febrero del año siguiente al de devengo de las rentas declaradas, solicitando la devolución derivada de la aplicación de la exención referida, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del Reglamento del IRNR, la cual será sustanciada en el plazo previsto por el artículo 103 de la Ley 35/2006, esto es, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la presentación de la autoliquidación.

Véase, por consiguiente, que las instituciones de inversión colectiva amparadas por la Directiva 2009/65/CE así como las residentes en algún Estado integrante del Espacio Económico Europeo con el que España pueda intercambiar información tributaria tendrán un régimen fiscal por el IRNR que supera el conflicto abordado por la Sentencia del Tribunal Supremo 1720/2018, por cuanto disfrutarán de una exención determinante de la devolución de las retenciones sufridas sobre los dividendos percibidos de entidades residentes en territorio español, que procura un trato igual respecto de las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español.

Incluso es posible que se haya ido más allá de lo necesario. En efecto, el régimen fiscal privilegiado de las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español está basado en el tipo de gravamen del 1%, según lo establecido en el artículo 29.4 de la Ley 27/2014, cuya aplicación está supeditada al cumplimiento del requisito de mantener el número mínimo de partícipes o accionistas previsto, respectivamente, en los artículos 5.4 y 9.4 de la Ley 35/2003, pero tal requisito no está exigido para disfrutar de la exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR. En el mismo sentido, respecto de las instituciones de inversión colectiva del Espacio Económico Europeo, tampoco se alude al número mínimo de socios o partícipes.

De esta manera, la exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR podría jugar a favor de instituciones de inversión colectiva que, caso de ser residentes en territorio español, podrían tributar al tipo de gravamen general por no disponer del número mínimo de socios o partícipes.

Las instituciones de inversión colectiva de carácter financiero obtienen, básicamente, tres tipos de rentas, a saber, dividendos, intereses y plusvalías derivadas de la transmisión de activos financieros.

La exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR versa exclusivamente sobre los dividendos, pero el artículo 14.1 c) del TRLIRNR exime «los intereses y demás rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios a que se refiere el artículo 25.2 de 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, así como las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles obtenidos sin mediación de establecimiento permanente, por residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o por establecimientos permanentes de dichos residentes situados en otro Estado miembro de la Unión Europea».

En consecuencia, las exenciones de las letras c) y l) del artículo 14.1 del TRLIRNR amparan la totalidad de las rentas percibidas por las instituciones de inversión colectiva de carácter financiero residentes en un Estado miembro de la Unión Europea. No así a las residentes en Noruega, Islandia y Liechtenstein, a las que solo ampara la exención relativa a dividendos del artículo 14.1 l) del TRLIRNR.

3.3. Instituciones de inversión colectiva extranjeras no comunitarias

Las exenciones previstas en el TRLIRNR aprovechan a las instituciones de inversión colectiva residentes en un Estado miembro de la Unión Europea, pero no a las residentes en un Estado tercero.

La sentencia del Tribunal Supremo que estamos analizando se refiere a una institución de inversión colectiva residente en Luxemburgo, y fundamenta la infracción del ordenamiento comunitario en la preterición de la libertad de movimiento de capitales, por cuanto «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».

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63.1 del TFUE, «quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países».

¿Infringe el ordenamiento comunitario la tributación, sin derecho a exención, por el IRNR sobre los dividendos, intereses o plusvalías percibidos por instituciones de inversión colectiva residentes en Estados terceros?

La respuesta tal vez deba ser positiva, en la medida en que las instituciones de inversión colectiva residentes en Estados terceros sean comparables a las instituciones de inversión colectiva reguladas por la Ley 35/2003, y la Administración tributaria disponga de los instrumentos jurídicos de intercambio de información pertinentes para poder efectuar el análisis de comparabilidad.

Así se desprende de la Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (en adelante, *Emerging Markets*) (asunto C-190/12 –NFJ054063–), a cuyo tenor «los artículos 63 TFUE y 65 TFUE han de interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa fiscal de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, en virtud de la cual no pueden gozar de una exención fiscal los dividendos pagados por sociedades establecidas en ese Estado miembro a un fondo de inversión situado en un Estado tercero, siempre que exista entre ese Estado miembro y el Estado tercero de que se trate una obligación convencional de asistencia administrativa mutua que permita a las autoridades tributarias nacionales comprobar la información remitida, en su caso, por el fondo de inversión».

De esta suerte, la restricción a la libertad de movimiento de capitales se produciría cuando pudiera constatarse, a través de los mecanismos de intercambio de información pertinentes, que la institución de inversión colectiva residente en un Estado tercero es comparable a las instituciones de inversión colectiva residentes en España que tributan al tipo de gravamen del 1%.

En *Emerging Markets* los gobiernos personados en el proceso rechazaron la situación de comparación, ya que las instituciones de inversión colectiva residentes en Estados terceros, al no estar sujetas «a la Directiva OICVM, se encuentra(ban), por consiguiente, en principio, en una situación jurídica y fáctica fundamentalmente distinta de la de los fondos de inversión establecidos en los Estados miembros de la Unión», pero el TJUE no admitió esa argumentación, por «cuanto la circunstancia de que los fondos de inversión no residentes no estén comprendidos en el marco normativo uniforme de la Unión establecido por la Directiva OICVM que regula la constitución y el funcionamiento de los fondos de inversión dentro de la Unión, tal como ha sido transpuesta en derecho interno por la *ustawy o funduszach inwestycyjnych*, no puede bastar, en sí misma, para determinar el hecho de que las situaciones de dichos fondos sean distintas. En efecto, toda vez que la Directiva OICVM no se aplica a los fondos de inversión establecidos en países terceros, debido a que se encuen-

tran fuera del ámbito de aplicación del derecho de la Unión, exigir que estos se regulen de manera idéntica en relación con los fondos de inversión residentes privaría de toda eficacia a la libertad de circulación de capitales».

No es pertinente, por tanto, fundamentar la comparación en la identidad de régimen jurídico. La identidad de régimen jurídico llevaría siempre, inexorablemente, a la conclusión de no ser comparables las instituciones de inversión colectiva comunitarias acogidas a la Directiva 2009/65 y las instituciones de inversión colectiva residentes en Estados terceros.

Si se considera que el régimen fiscal privilegiado de las instituciones de inversión colectiva españolas y de sus partícipes descansa en el objetivo de proteger la inversión colectiva, se llega a la conclusión de que la comparación ha de establecerse con base en las notas esenciales que configuran el régimen jurídico de la inversión colectiva.

A tenor del artículo 1 de la Ley 35/2003, «son instituciones de inversión colectiva (IIC, en adelante) aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos». Esta es la nota básica de la inversión colectiva, de la que se deriva el derecho de los socios o partícipes de solicitar y obtener, por su sola voluntad, el reembolso de la participación. Adicionalmente, los artículos 5 y 9 de la Ley 35/2003 exigen como mínimo, respectivamente, 100 partícipes o accionistas, requisito este al que, precisamente, está supeditado expresamente la aplicación del régimen fiscal privilegiado de las instituciones de inversión colectiva y sus partícipes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29.4 de la Ley 27/2014.

La comparación, consecuentemente, deberá indagar en el objeto social, los derechos de los socios o partícipes, y el número de socios.

Así, el análisis de comparación debería dar respuesta a las siguientes cuestiones:

- ¿Apela la entidad al público para captar fondos o los obtiene de instituciones gubernamentales o inversores que han promovido su constitución?
- ¿Tienen los socios o partícipes el derecho de solicitar el reembolso de la acción o participación por su sola decisión o deben atenerse a la voluntad de la junta general u órgano asimilado?
- ¿Exige la normativa reguladora la presencia de, al menos, 100 partícipes o accionistas?

La respuesta a estas cuestiones, en el sentido determinante de una situación comparable posiblemente determinaría una decisión de los tribunales consistente en otorgar a la institución de inversión colectiva residente en un Estado tercero el derecho a la devolución

del exceso de las cantidades retenidas a cuenta del IRNR sobre la cuota íntegra que, eventualmente, le correspondería satisfacer por el impuesto sobre sociedades caso de ser residente en territorio español.

3.4. La lógica de la exención de la retención por el IRNR a favor de las instituciones de inversión colectiva

Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición suscritos por España permiten la tributación por el IRNR de los intereses y dividendos pagados por personas o entidades residentes en territorio español. Sin embargo, cuando la entidad perceptora es una institución de inversión colectiva, comparable a las constituidas de acuerdo con la Ley 35/2003, es posible que el principio de libertad de movimiento de capitales se oponga a tal tributación.

De esta manera, los inversores individuales extranjeros sufrirán retención por el IRNR, en los términos establecidos en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición aplicable, en tanto que los inversores colectivos no la soportarán.

¿Por qué se ha llegado a esta situación absurda? Sencillamente, porque el TJUE no ha sabido ver que la institución de inversión colectiva es, en todo caso, una entidad puramente instrumental siendo así que los verdaderos contribuyentes son los socios o partícipes que se agrupan bajo la misma.

En efecto, la institución de inversión colectiva agrupa a los inversores individuales transformándolos en colectivos, de manera tal que las rentas que, bajo la forma de intereses, dividendos o plusvalías obtiene la institución de inversión colectiva, no son suyas sino de los socios o partícipes.

Bajo la consideración precedente, a los efectos de constatar la existencia de un régimen fiscal discriminatorio, el TJUE, en el contexto de las sentencias relativas a la tributación de las instituciones de inversión colectiva, hubiera debido tomar en consideración tanto la tributación de las mismas como la de sus partícipes. Si así se hiciera se llegaría a la conclusión de que la ausencia de retención o su devolución a la institución de inversión colectiva residente no es sino la respuesta de técnica tributaria congruente con el carácter instrumental de la misma.

Garantizada la tributación de los inversores colectivos residentes, la exención de retención o su devolución a favor de las instituciones de inversión colectiva residentes, no genera un trato discriminatorio. Ciertamente, los inversores colectivos no residentes podrán sufrir un exceso de imposición por comparación con los inversores colectivos residentes si la retención sufrida por la institución de inversión colectiva no residente no genera un cré-

dito de impuesto a su favor. Ahora bien, tal discriminación no la determina la retención, sino la no concesión del crédito fiscal.

En el caso de España, la discriminación no la generaría la retención por el IRNR, sino el que la misma no fuera reconocida como crédito fiscal a favor de la institución de inversión colectiva extranjera, si tributase plenamente por el impuesto sobre sociedades correspondiente o a favor de los inversores colectivos, si la institución de inversión colectiva tuviere el tratamiento fiscal propio de la entidad instrumental, esto es, exención, tipo de gravamen simbólico o transparencia fiscal.

El planteamiento precedente fue atisbado por el TJUE en la Sentencia de 20 de mayo de 2008, *Orange European Smallcap Fund* (asunto C-194/06 –NFJ028746–), pero rechazado posteriormente en la sentencia anteriormente mencionada *Santander Assets*. En *Orange European Smallcap Fund* la compensación fiscal que recibía la institución de inversión colectiva residente (Países Bajos) estaba supeditada a la distribución de rentas a sus socios o partícipes, en tanto que en *Santander Assets* la exención de la retención a la institución de inversión colectiva residente no se supeditaba a esa distribución. Ahora bien, la no distribución no implica la no tributación, sino el diferimiento de la misma hasta el momento en que el socio o partícipe obtenga el reembolso a su acción o participación.

En España, el tipo de gravamen privilegiado de las instituciones de inversión colectiva no está vinculado a la distribución de las rentas a los socios o partícipes. Por ello, lo previsible es que, ante una eventual cuestión prejudicial concerniente a la tributación por el IRNR de las instituciones de inversión colectiva residentes en un Estado tercero, el TJUE se pronuncie en el sentido de *Santander Assets*.

El régimen fiscal privilegiado del que disfruta la inversión colectiva en España no consiste en el tipo de gravamen reducido del 1% en el impuesto sobre sociedades de la institución de inversión colectiva, sino en la posibilidad que tienen los socios o partícipes de diferir la tributación de las rentas acumuladas. Y es, precisamente, ese privilegio fiscal el que puede llevar a que la Hacienda Pública pierda la totalidad de los ingresos por el IRNR correspondientes a las rentas obtenidas por las instituciones de inversión colectiva extranjeras.

Con todo, tal pérdida podría ser evitada si operase alguna causa de justificación. Esta causa de justificación o, más bien, neutralización de la diferencia de trato fiscal, podría hallarse en un convenio bilateral que contuviere los mecanismos necesarios para que la tributación por el IRNR de la institución de inversión colectiva extranjera fuere considerada por la jurisdicción fiscal extranjera como un crédito de impuesto susceptible de aplicación efectiva. Este es el sentido de la Sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2007, *Amurta* (asunto C-379/05 –NFJ026644–).

¿No ha llegado la hora de reflexionar sobre el régimen de las instituciones de inversión colectiva y sus partícipes?

4. Conclusiones

Primera. La Sentencia del Tribunal Supremo 1720/2018 no ha procurado, respecto de la fecha de inicio del devengo de intereses inherentes a la devolución de retenciones por el IRNR, una solución congruente con el principio de equivalencia.

Segunda. El conflicto sobre el que versa la citada sentencia ha sido encauzado mediante la nueva exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR, respecto de las instituciones de inversión colectiva residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea acogidas a la Directiva 65/2009, o del Espacio Económico Europeo.

Tercera. Respecto de las instituciones de inversión colectiva no comprendidas en el conjunto precedente, la aplicación del IRNR podría tropezar con una sentencia adversa de los tribunales, basada en la libertad de movimiento de capitales, en el caso de que la institución de inversión colectiva no residente fuese comparable a las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español.

Cuarta. La comparación debería contemplar el objeto de la institución de inversión colectiva, en particular su apertura y apelación a los inversores, los derechos de los socios o partícipes y el número mínimo de los mismos, que no deberá ser inferior a 100.

Quinta. La Administración tributaria debe disponer de un acuerdo de intercambio de información que le permita constatar los hechos relevantes que integran el análisis de comparación.

Sexta. Las sentencias del TJUE han fundado la restricción a la libertad de movimiento de capitales, constatando que las instituciones de inversión colectiva residentes disfrutaban de un régimen fiscal privilegiado, en tanto que las no residentes tributan plenamente, en el caso de España, por el IRNR, cuando no les ampara la exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR.

Séptima. Si, a los efectos de determinar la existencia de una ventaja fiscal para las instituciones de inversión colectiva residentes por relación a las no residentes, se tomara también en consideración la tributación de los inversores colectivos, probablemente se llegaría a constatar, en no pocos casos, que tal ventaja no existe. El TJUE ha admitido esta técnica de evaluación de la ventaja fiscal en el caso en que la no tributación de la institución de inversión colectiva residente, o su régimen fiscal privilegiado, estuviera supeditado a la distribución de las rentas a sus socios o partícipes, con la consiguiente tributación de los mismos.

Octava. En España el régimen fiscal privilegiado de la institución de inversión colectiva no está vinculado a la distribución de la renta a sus socios o partícipes. Por tanto, nuestra legislación ofrece un flanco débil frente a la apreciación de la ventaja fiscal.

Novena. No es congruente que los inversores individuales extranjeros deban soportar la tributación por el IRNR en relación con las rentas pagadas por entidades residentes en territorio español, en tanto que los inversores colectivos extranjeros puedan escapar a la misma por el solo hecho de percibir esas rentas a través de una institución de inversión colectiva extranjera, que sea comparable, en los términos expuestos, con las instituciones de inversión colectiva españolas.

3. Comentario crítico

Los hechos sobre los que versa la Sentencia del Tribunal Supremo 1720/2018 son anteriores a la introducción, por la Ley 2/2010, de 1 de marzo, en el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (TRLIRNR), de una exención a favor de los dividendos percibidos por las instituciones de inversión colectiva amparadas por la normativa comunitaria, pero esto no le resta interés, sino que, por el contrario, lo acrecienta, por cuanto da pie para analizar la bondad de la reforma legislativa y sus principales efectos a la vista del conflicto abordado, al tiempo que estimula el examen de un nutrido conjunto de problemas conexos.

Y así surgen, entre otras, las siguientes cuestiones: ¿Es conforme la solución alcanzada por la sentencia, respecto de la fecha de inicio de los intereses, con el principio de equivalencia propio del ordenamiento de la Unión Europea? ¿Ha quedado superado el conflicto abordado por la sentencia a raíz de la exención introducida por la Ley 2/2010? ¿Es pertinente extender la exención a las instituciones de inversión colectiva no amparadas por el ordenamiento comunitario? ¿Es congruente con la lógica del sistema de imposición directa la exención de la retención respecto de los dividendos e intereses percibidos por las instituciones de inversión colectiva extranjeras?

3.1. Adecuación al principio de equivalencia

El principio de equivalencia, al que la Sentencia del Tribunal Supremo 1720/2018, siguiendo la estela de la Sentencia 935/2018, de este mismo tribunal, apela para fundamentar su decisión, exige igualdad de trato entre las situaciones interna y transfronteriza. Por tanto, el principio de equivalencia está íntimamente vinculado con el principio de no discriminación, y este, a su vez, con las cuatro libertades comunitarias.

En el caso que nos ocupa, la igualdad de trato, una vez establecido el derecho a la devolución con fundamento en el principio de no discriminación y en la libertad de movimiento de capitales, se proyecta respecto de la fecha de inicio del devengo de los intereses asociados a dicha devolución.

Las instituciones de inversión colectiva residentes en España obtienen la devolución de las retenciones en exceso «dentro de los 6 meses siguientes al término del plazo establecido para la presentación de la declaración» (art. 139.1 TRLIS; actual art. 127.1 Ley 27/2014), coincidiendo dicho término con los 25 días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del periodo impositivo (art. 136.1 TRLIS; actual art. 124.1 Ley 27/2014). Transcurrido el plazo mencionado sin que se haya ordenado el pago de la devolución por causa no imputable al contribuyente, «se aplicará a la cantidad pendiente de devolución el interés de demora en la cuantía y forma prevista en los artículos 26.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, desde el día siguiente al de la finalización de dicho plazo» (art. 139.4 TRLIS; actual art. 127.4 Ley 27/2014).

Al llevar la fecha de inicio de los intereses al momento en el que se produjeron las retenciones, las Sentencias del Tribunal Supremo 935/2018 y 1720/2018 quiebran el principio de equivalencia, por cuanto hacen de mejor condición a las instituciones de inversión colectiva extranjeras respecto de las españolas.

El Tribunal Supremo llega a una solución adversa al principio de equivalencia porque parte de una premisa discutible, a saber, que el principio de no discriminación y la libertad de movimiento de capitales se oponen a la tributación de las instituciones de inversión colectiva comunitarias por el IRNR en relación con los dividendos procedentes de entidades residentes en territorio español y, por ende, a la retención a cuenta de dicho tributo, a la que identifica con la deuda tributaria misma, y de ahí la calificación como ingreso indebido en el sentido del artículo 32 de la LGT y, consecuentemente, la fijación de la fecha de inicio de los intereses en el momento en el que se produjo el ingreso de la retención.

Ahora bien, el principio de no discriminación y la libertad de movimiento de capitales lo que proscriben es que las instituciones de inversión colectiva extranjeras, que sean comparables a las españolas, reciban un trato fiscal desfavorable respecto de estas últimas, pero para alcanzar tal finalidad no es pertinente la no exigencia del IRNR ni de la retención a cuenta del mismo, habida cuenta de que las instituciones de inversión colectiva españolas sufren retención y tributan por el impuesto sobre sociedades, bien a un tipo de gravamen reducido, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos.

A mayor abundamiento, aun siendo cierto que el artículo 28.3 del TRLIRNR libera a los contribuyentes de la «presentación de la declaración correspondiente a las rentas respecto de las que se hubiese practicado retención o efectuado el ingreso a cuenta», de ahí no se sigue que la retención sea la propia deuda tributaria del IRNR, sino que los importes de una y otra son coincidentes.

La equivalencia se hubiera alcanzado situando la fecha de inicio de los intereses dentro de los seis meses siguientes al término del plazo legalmente establecido para la presentación de la declaración por el IRNR, cualquiera que hubiere sido la fecha en la que efectivamente se presentaron las solicitudes de devolución, ya que el contribuyente no ha de soportar el perjuicio derivado de una legislación no respetuosa con los principios y libertades del derecho de la Unión Europea, pero tampoco sacar ventaja de ello.

3.2. Hechos imponderables posteriores a la entrada en vigor de la Ley 2/2010

El artículo 4 de la Ley 2/2010 incorporó un supuesto de exención a la lista de los previstos en el artículo 14 del TRLIRNR, con la letra l), referido «a 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».

Posteriormente, la Ley 2/2011 extendió tal exención «a las instituciones de inversión colectiva residentes en los Estados integrantes del Espacio Económico Europeo siempre que estos hayan suscrito un convenio con España para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria».

A partir de las modificaciones normativas reseñadas, parece claro que el conflicto resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo 1720/2018 no habrá de presentarse.

En efecto, las entidades residentes en territorio español pagadoras de los dividendos deberán retener a cuenta del IRNR, sin que la exención lo impida, como así expresamente lo establece el artículo 31.4 a), párrafo segundo, del TRLIRNR. Por su parte, los contribuyentes, esto es, las instituciones de inversión colectiva extranjeras, presentarán el modelo 210, aprobado por la Orden EHA/3316/2010, a partir del 1 de febrero del año siguiente al de devengo de las rentas declaradas, solicitando la devolución derivada de la aplicación de la exención referida, de acuerdo con lo establecido en el artículo 16 del Reglamento del IRNR, la cual será sustanciada en el plazo previsto por el artículo 103 de la Ley 35/2006, esto es, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la presentación de la autoliquidación.

Véase, por consiguiente, que las instituciones de inversión colectiva amparadas por la Directiva 2009/65/CE así como las residentes en algún Estado integrante del Espacio Económico Europeo con el que España pueda intercambiar información tributaria tendrán un régimen fiscal por el IRNR que supera el conflicto abordado por la Sentencia del Tribunal Supremo 1720/2018, por cuanto disfrutarán de una exención determinante de la devolución de las retenciones sufridas sobre los dividendos percibidos de entidades residentes en territorio español, que procura un trato igual respecto de las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español.

Incluso es posible que se haya ido más allá de lo necesario. En efecto, el régimen fiscal privilegiado de las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español está basado en el tipo de gravamen del 1%, según lo establecido en el artículo 29.4 de la Ley 27/2014, cuya aplicación está supeditada al cumplimiento del requisito de mantener el número mínimo de partícipes o accionistas previsto, respectivamente, en los artículos 5.4 y 9.4 de la Ley 35/2003, pero tal requisito no está exigido para disfrutar de la exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR. En el mismo sentido, respecto de las instituciones de inversión colectiva del Espacio Económico Europeo, tampoco se alude al número mínimo de socios o partícipes.

De esta manera, la exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR podría jugar a favor de instituciones de inversión colectiva que, caso de ser residentes en territorio español, podrían tributar al tipo de gravamen general por no disponer del número mínimo de socios o partícipes.

Las instituciones de inversión colectiva de carácter financiero obtienen, básicamente, tres tipos de rentas, a saber, dividendos, intereses y plusvalías derivadas de la transmisión de activos financieros.

La exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR versa exclusivamente sobre los dividendos, pero el artículo 14.1 c) del TRLIRNR exime «los intereses y demás rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios a que se refiere el artículo 25.2 de 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, así como las ganancias patrimoniales derivadas de bienes muebles obtenidos sin mediación de establecimiento permanente, por residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o por establecimientos permanentes de dichos residentes situados en otro Estado miembro de la Unión Europea».

En consecuencia, las exenciones de las letras c) y l) del artículo 14.1 del TRLIRNR amparan la totalidad de las rentas percibidas por las instituciones de inversión colectiva de carácter financiero residentes en un Estado miembro de la Unión Europea. No así a las residentes en Noruega, Islandia y Liechtenstein, a las que solo ampara la exención relativa a dividendos del artículo 14.1 l) del TRLIRNR.

3.3. Instituciones de inversión colectiva extranjeras no comunitarias

Las exenciones previstas en el TRLIRNR aprovechan a las instituciones de inversión colectiva residentes en un Estado miembro de la Unión Europea, pero no a las residentes en un Estado tercero.

La sentencia del Tribunal Supremo que estamos analizando se refiere a una institución de inversión colectiva residente en Luxemburgo, y fundamenta la infracción del ordenamiento comunitario en la preterición de la libertad de movimiento de capitales, por cuanto «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».

Ahora bien, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63.1 del TFUE, «quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países».

¿Infringe el ordenamiento comunitario la tributación, sin derecho a exención, por el IRNR sobre los dividendos, intereses o plusvalías percibidos por instituciones de inversión colectiva residentes en Estados terceros?

La respuesta tal vez deba ser positiva, en la medida en que las instituciones de inversión colectiva residentes en Estados terceros sean comparables a las instituciones de inversión colectiva reguladas por la Ley 35/2003, y la Administración tributaria disponga de los instrumentos jurídicos de intercambio de información pertinentes para poder efectuar el análisis de comparabilidad.

Así se desprende de la Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (en adelante, *Emerging Markets*) (asunto C-190/12 –NFJ054063–), a cuyo tenor «los artículos 63 TFUE y 65 TFUE han de interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa fiscal de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, en virtud de la cual no pueden gozar de una exención fiscal los dividendos pagados por sociedades establecidas en ese Estado miembro a un fondo de inversión situado en un Estado tercero, siempre que exista entre ese Estado miembro y el Estado tercero de que se trate una obligación convencional de asistencia administrativa mutua que permita a las autoridades tributarias nacionales comprobar la información remitida, en su caso, por el fondo de inversión».

De esta suerte, la restricción a la libertad de movimiento de capitales se produciría cuando pudiera constatarse, a través de los mecanismos de intercambio de información pertinentes, que la institución de inversión colectiva residente en un Estado tercero es comparable a las instituciones de inversión colectiva residentes en España que tributan al tipo de gravamen del 1%.

En *Emerging Markets* los gobiernos personados en el proceso rechazaron la situación de comparación, ya que las instituciones de inversión colectiva residentes en Estados terceros, al no estar sujetas «a la Directiva OICVM, se encuentra(ban), por consiguiente, en principio, en una situación jurídica y fáctica fundamentalmente distinta de la de los fondos de inversión establecidos en los Estados miembros de la Unión», pero el TJUE no admitió esa argumentación, por «cuanto la circunstancia de que los fondos de inversión no residentes no estén comprendidos en el marco normativo uniforme de la Unión establecido por la Directiva OICVM que regula la constitución y el funcionamiento de los fondos de inversión dentro de la Unión, tal como ha sido transpuesta en derecho interno por la *ustawy o funduszach inwestycyjnych*, no puede bastar, en sí misma, para determinar el hecho de que las situaciones de dichos fondos sean distintas. En efecto, toda vez que la Directiva OICVM no se aplica a los fondos de inversión establecidos en países terceros, debido a que se encuen-

tran fuera del ámbito de aplicación del derecho de la Unión, exigir que estos se regulen de manera idéntica en relación con los fondos de inversión residentes privaría de toda eficacia a la libertad de circulación de capitales».

No es pertinente, por tanto, fundamentar la comparación en la identidad de régimen jurídico. La identidad de régimen jurídico llevaría siempre, inexorablemente, a la conclusión de no ser comparables las instituciones de inversión colectiva comunitarias acogidas a la Directiva 2009/65 y las instituciones de inversión colectiva residentes en Estados terceros.

Si se considera que el régimen fiscal privilegiado de las instituciones de inversión colectiva españolas y de sus partícipes descansa en el objetivo de proteger la inversión colectiva, se llega a la conclusión de que la comparación ha de establecerse con base en las notas esenciales que configuran el régimen jurídico de la inversión colectiva.

A tenor del artículo 1 de la Ley 35/2003, «son instituciones de inversión colectiva (IIC, en adelante) aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos». Esta es la nota básica de la inversión colectiva, de la que se deriva el derecho de los socios o partícipes de solicitar y obtener, por su sola voluntad, el reembolso de la participación. Adicionalmente, los artículos 5 y 9 de la Ley 35/2003 exigen como mínimo, respectivamente, 100 partícipes o accionistas, requisito este al que, precisamente, está supeditado expresamente la aplicación del régimen fiscal privilegiado de las instituciones de inversión colectiva y sus partícipes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29.4 de la Ley 27/2014.

La comparación, consecuentemente, deberá indagar en el objeto social, los derechos de los socios o partícipes, y el número de socios.

Así, el análisis de comparación debería dar respuesta a las siguientes cuestiones:

- ¿Apela la entidad al público para captar fondos o los obtiene de instituciones gubernamentales o inversores que han promovido su constitución?
- ¿Tienen los socios o partícipes el derecho de solicitar el reembolso de la acción o participación por su sola decisión o deben atenerse a la voluntad de la junta general u órgano asimilado?
- ¿Exige la normativa reguladora la presencia de, al menos, 100 partícipes o accionistas?

La respuesta a estas cuestiones, en el sentido determinante de una situación comparable posiblemente determinaría una decisión de los tribunales consistente en otorgar a la institución de inversión colectiva residente en un Estado tercero el derecho a la devolución

del exceso de las cantidades retenidas a cuenta del IRNR sobre la cuota íntegra que, eventualmente, le correspondería satisfacer por el impuesto sobre sociedades caso de ser residente en territorio español.

3.4. La lógica de la exención de la retención por el IRNR a favor de las instituciones de inversión colectiva

Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición suscritos por España permiten la tributación por el IRNR de los intereses y dividendos pagados por personas o entidades residentes en territorio español. Sin embargo, cuando la entidad perceptora es una institución de inversión colectiva, comparable a las constituidas de acuerdo con la Ley 35/2003, es posible que el principio de libertad de movimiento de capitales se oponga a tal tributación.

De esta manera, los inversores individuales extranjeros sufrirán retención por el IRNR, en los términos establecidos en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición aplicable, en tanto que los inversores colectivos no la soportarán.

¿Por qué se ha llegado a esta situación absurda? Sencillamente, porque el TJUE no ha sabido ver que la institución de inversión colectiva es, en todo caso, una entidad puramente instrumental siendo así que los verdaderos contribuyentes son los socios o partícipes que se agrupan bajo la misma.

En efecto, la institución de inversión colectiva agrupa a los inversores individuales transformándolos en colectivos, de manera tal que las rentas que, bajo la forma de intereses, dividendos o plusvalías obtiene la institución de inversión colectiva, no son suyas sino de los socios o partícipes.

Bajo la consideración precedente, a los efectos de constatar la existencia de un régimen fiscal discriminatorio, el TJUE, en el contexto de las sentencias relativas a la tributación de las instituciones de inversión colectiva, hubiera debido tomar en consideración tanto la tributación de las mismas como la de sus partícipes. Si así se hiciera se llegaría a la conclusión de que la ausencia de retención o su devolución a la institución de inversión colectiva residente no es sino la respuesta de técnica tributaria congruente con el carácter instrumental de la misma.

Garantizada la tributación de los inversores colectivos residentes, la exención de retención o su devolución a favor de las instituciones de inversión colectiva residentes, no genera un trato discriminatorio. Ciertamente, los inversores colectivos no residentes podrán sufrir un exceso de imposición por comparación con los inversores colectivos residentes si la retención sufrida por la institución de inversión colectiva no residente no genera un cré-

dito de impuesto a su favor. Ahora bien, tal discriminación no la determina la retención, sino la no concesión del crédito fiscal.

En el caso de España, la discriminación no la generaría la retención por el IRNR, sino el que la misma no fuera reconocida como crédito fiscal a favor de la institución de inversión colectiva extranjera, si tributase plenamente por el impuesto sobre sociedades correspondiente o a favor de los inversores colectivos, si la institución de inversión colectiva tuviere el tratamiento fiscal propio de la entidad instrumental, esto es, exención, tipo de gravamen simbólico o transparencia fiscal.

El planteamiento precedente fue atisbado por el TJUE en la Sentencia de 20 de mayo de 2008, *Orange European Smallcap Fund* (asunto C-194/06 –NFJ028746–), pero rechazado posteriormente en la sentencia anteriormente mencionada *Santander Assets*. En *Orange European Smallcap Fund* la compensación fiscal que recibía la institución de inversión colectiva residente (Países Bajos) estaba supeditada a la distribución de rentas a sus socios o partícipes, en tanto que en *Santander Assets* la exención de la retención a la institución de inversión colectiva residente no se supeditaba a esa distribución. Ahora bien, la no distribución no implica la no tributación, sino el diferimiento de la misma hasta el momento en que el socio o partícipe obtenga el reembolso a su acción o participación.

En España, el tipo de gravamen privilegiado de las instituciones de inversión colectiva no está vinculado a la distribución de las rentas a los socios o partícipes. Por ello, lo previsible es que, ante una eventual cuestión prejudicial concerniente a la tributación por el IRNR de las instituciones de inversión colectiva residentes en un Estado tercero, el TJUE se pronuncie en el sentido de *Santander Assets*.

El régimen fiscal privilegiado del que disfruta la inversión colectiva en España no consiste en el tipo de gravamen reducido del 1% en el impuesto sobre sociedades de la institución de inversión colectiva, sino en la posibilidad que tienen los socios o partícipes de diferir la tributación de las rentas acumuladas. Y es, precisamente, ese privilegio fiscal el que puede llevar a que la Hacienda Pública pierda la totalidad de los ingresos por el IRNR correspondientes a las rentas obtenidas por las instituciones de inversión colectiva extranjeras.

Con todo, tal pérdida podría ser evitada si operase alguna causa de justificación. Esta causa de justificación o, más bien, neutralización de la diferencia de trato fiscal, podría hallarse en un convenio bilateral que contuviere los mecanismos necesarios para que la tributación por el IRNR de la institución de inversión colectiva extranjera fuere considerada por la jurisdicción fiscal extranjera como un crédito de impuesto susceptible de aplicación efectiva. Este es el sentido de la Sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2007, *Amurta* (asunto C-379/05 –NFJ026644–).

¿No ha llegado la hora de reflexionar sobre el régimen de las instituciones de inversión colectiva y sus partícipes?

4. Conclusiones

Primera. La Sentencia del Tribunal Supremo 1720/2018 no ha procurado, respecto de la fecha de inicio del devengo de intereses inherentes a la devolución de retenciones por el IRNR, una solución congruente con el principio de equivalencia.

Segunda. El conflicto sobre el que versa la citada sentencia ha sido encauzado mediante la nueva exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR, respecto de las instituciones de inversión colectiva residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea acogidas a la Directiva 65/2009, o del Espacio Económico Europeo.

Tercera. Respecto de las instituciones de inversión colectiva no comprendidas en el conjunto precedente, la aplicación del IRNR podría tropezar con una sentencia adversa de los tribunales, basada en la libertad de movimiento de capitales, en el caso de que la institución de inversión colectiva no residente fuese comparable a las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español.

Cuarta. La comparación debería contemplar el objeto de la institución de inversión colectiva, en particular su apertura y apelación a los inversores, los derechos de los socios o partícipes y el número mínimo de los mismos, que no deberá ser inferior a 100.

Quinta. La Administración tributaria debe disponer de un acuerdo de intercambio de información que le permita constatar los hechos relevantes que integran el análisis de comparación.

Sexta. Las sentencias del TJUE han fundado la restricción a la libertad de movimiento de capitales, constatando que las instituciones de inversión colectiva residentes disfrutaban de un régimen fiscal privilegiado, en tanto que las no residentes tributan plenamente, en el caso de España, por el IRNR, cuando no les ampara la exención del artículo 14.1 l) del TRLIRNR.

Séptima. Si, a los efectos de determinar la existencia de una ventaja fiscal para las instituciones de inversión colectiva residentes por relación a las no residentes, se tomara también en consideración la tributación de los inversores colectivos, probablemente se llegaría a constatar, en no pocos casos, que tal ventaja no existe. El TJUE ha admitido esta técnica de evaluación de la ventaja fiscal en el caso en que la no tributación de la institución de inversión colectiva residente, o su régimen fiscal privilegiado, estuviera supeditado a la distribución de las rentas a sus socios o partícipes, con la consiguiente tributación de los mismos.

Octava. En España el régimen fiscal privilegiado de la institución de inversión colectiva no está vinculado a la distribución de la renta a sus socios o partícipes. Por tanto, nuestra legislación ofrece un flanco débil frente a la apreciación de la ventaja fiscal.

Novena. No es congruente que los inversores individuales extranjeros deban soportar la tributación por el IRNR en relación con las rentas pagadas por entidades residentes en territorio español, en tanto que los inversores colectivos extranjeros puedan escapar a la misma por el solo hecho de percibir esas rentas a través de una institución de inversión colectiva extranjera, que sea comparable, en los términos expuestos, con las instituciones de inversión colectiva españolas.