

Tratamiento fiscal de las Instituciones de Inversión Colectiva no residentes en España. ¿Vulneración de las libertades comunitarias?*

BERTA BALLESTEROS POMAR
Agencia Estatal de Administración Tributaria

SUMARIO

1. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA. 1.1. Normativa básica. 1.2. Concepto y ámbito de aplicación de la LIIC. 1.3. Clases de instituciones de inversión colectiva. 1.3.1. Instituciones de inversión colectiva de carácter financiero y no financiero. 1.3.2. Instituciones de inversión colectiva típicas y atípicas. 1.3.3. Instituciones de inversión colectiva de capital fijo y variable. 1.3.4. Instituciones de inversión colectiva con forma jurídica de sociedad y fondo de inversión. 1.3.5. Entidades capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado.—2. RÉGIMEN FISCAL DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA RESIDENTES EN TERRITORIO ESPAÑOL. 2.1. Tributación en el Impuesto sobre Sociedades de las IIC residentes en territorio español. 2.1.1. Sujeción. 2.1.2. Base imponible. 2.1.3. Tipo de gravamen. 2.1.4. Medidas para evitar la doble imposición. 2.1.5. Pagos a cuenta. 2.1.6. Solicitudes de devolución de las retenciones. 2.2. Tributación en IRNR de las IIC residentes en otros Estados miembros de la UE comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/65/CE. 2.3. Tributación en el IRNR de las IIC residentes en otros Estados miembros de la UE no comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/65/CE o residentes en terceros países.—3. NORMATIVA COMUNITARIA. 3.1. Tratado de funcionamiento de la Unión Europea. 3.2. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.—4. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS NACIONALES. 4.1. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. 4.2. Sentencias de la Audiencia Nacional.

Palabras clave: fiscalidad internacional, Instituciones de inversión colectiva, jurisprudencia comunitaria, jurisprudencia tributaria.

I. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA

I.1. Normativa básica

El régimen jurídico básico de las Instituciones de Inversión Colectiva, se establece en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva, modificada por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, ante la necesidad de adaptar el régimen a la nueva normativa de la Unión Europea y de fomentar un crecimiento equilibrado del sector; en el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio que aprueba el Reglamento de desarrollo, modificado a su vez mediante Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero, y Orden EHA/1199/2006, de 25 abril, por la que se desarrollan las disposiciones del reglamento relativas a las IIC de inversión libre e IIC de IIC de inversión libre.

Las disposiciones anteriores son también objeto de desarrollo a través de la Orden EHA/35/2008, de 14 de enero, por la que se desarrollan las normas relativas a la contabilidad de las IIC, la determinación del

* Trabajo presentado al XVI Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales desde el 12 de abril hasta el 23 de junio de 2016.



patrimonio, el cómputo de los coeficientes de diversificación del riesgo y determinados aspectos de las IIC cuya política de inversión consiste en reproducir, replicar o tomar como referencia un índice bursátil o de renta fija, y por la que se habilita a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para su desarrollo, así como de la Orden EHA/888/2008, de 27 de marzo, sobre operaciones de las IIC de carácter financiero con instrumentos financieros derivados y por la que se aclaran determinados conceptos del RIIC.

1.2. Concepto y ámbito de aplicación de la LIIC

El artículo 1 de la LIIC (art. *único*. 2 Ley 31/2011, de 4 de octubre) regula el *concepto de Instituciones de Inversión Colectiva*:

“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.

Las actividades cuyo objeto sea distinto del mencionado no tendrán el carácter de inversión colectiva. Asimismo aquellas entidades que no satisfagan los requisitos establecidos en esta Ley no podrán constituirse como IIC.

Las IIC revestirán la forma de sociedad de inversión o fondo de inversión.

Las IIC podrán ser de carácter financiero o no financiero, en los términos establecidos en el título III de esta Ley.”

La primera nota pone de manifiesto el carácter abierto de este tipo de entidades, puesto que están pensadas para servir a una multitud de inversores.

La segunda implica que la gestión del patrimonio no pueda servir a intereses individuales sino colectivos, de forma que cuando el inversor aporta un bien a la entidad pasa a ser común y, por tanto, los resultados se consideran como colectivos.

Y el patrimonio debe gestionarse de forma activa; es decir, no se trata únicamente de tener los bienes, sino de obtener el máximo rendimiento de ellos.

Una cuarta característica es el principio de diversificación de la inversión.

Por tanto, la Institución de Inversión Colectiva debe gestionar el patrimonio con el fin de obtener el máximo rendimiento bajo una política adecuada de diversificación de la inversión.

Tal y como tiene declarado el TS mediante Sentencia de 5 de noviembre de 2012 (Recurso de Casación núm. 394/2010), con carácter general el ámbito de desarrollo reglamentario de las IIC ha de controlar que los riesgos potenciales de carácter económico que asuman las sociedades gestoras de IIC y los partícipes de los fondos de inversión inmobiliaria no trasciendan en unos términos reales tales que se ponga en peligro la estabilidad misma del sistema financiero en su conjunto.

El *ámbito de aplicación* comprende de acuerdo con el artículo 2 LIIC (modificado por disp. final I. 1 de Ley núm. 22/2014, de 12 de noviembre)

“a) A las IIC que tengan en España su domicilio social en el caso de sociedades de inversión, o que se hayan autorizado en España, en el caso de fondos.

b) A las IIC autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea, de acuerdo con 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, y que se comercialicen en España. En este caso, sólo les serán aplicables en su actuación en España las normas a que se refiere el artículo 15 de la LIIC.

(Dicha Directiva fue desarrollada, a su vez, por las Directivas 2010/43/CE de la Comisión, de 1 de julio de 2010, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2009/65/CE, en lo que atañe a los requisitos de organización, los conflictos de intereses, la conducta empresarial, la gestión de riesgos y el contenido de los acuerdos celebrados entre depositarios y sociedades de gestión; y por la Directiva 2010/44/UE de la Comisión, de 1 de julio de 2010, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2009/65/CE, en lo relativo a determinadas disposiciones referidas a las fusiones de fondos, las estructuras de tipo principal-subordinado y el procedimiento de notificación.)

c) A las IIC constituidas en otro Estado miembro de la Unión Europea, gestionadas por sociedades gestoras autorizadas en un Estado miembro al amparo de la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009 y (UE) n.º 1095/2010, cuando se comercialicen en España a inversores profesionales. En este caso, sólo les serán aplicables en su actuación en España las normas a las que se refiere el artículo 15 bis.



- d) A las IIC constituidas en terceros Estados gestionadas por gestoras autorizadas en un Estado miembro al amparo de la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, cuando se comercialicen en España a inversores profesionales. En este caso, sólo les serán aplicables en su actuación en España las normas a las que se refiere el artículo 15 *ter* de la LIIC.
- e) A las IIC gestionadas por sociedades gestoras no domiciliadas en la Unión Europea cuando se comercialicen en España a inversores profesionales. En este caso, sólo les serán aplicables en su actuación en España las normas a las que se refiere el artículo 15 *quáter* de la LIIC.
- f) A las IIC señaladas en las letras c), d) y e) anteriores cuando se comercialicen en España a inversores no profesionales. En este caso, sólo les serán aplicables en su actuación en España las normas a las que se refiere el artículo 15 *quinquies* de la referida Ley. Reglamentariamente podrá delimitarse los tipos de IIC que pueden comercializarse a no profesionales.”

El artículo 9 se refiere a las sociedades de inversión colectiva y dispone:

- “1. Las sociedades de inversión son aquellas IIC que adoptan la forma de sociedad anónima y cuyo objeto social es el descrito en el artículo 1 de esta Ley.

Podrán crearse sociedades de inversión por compartimentos en los que bajo un único contrato constitutivo y estatutos sociales se agrupen dos o más compartimentos, debiendo quedar reflejada esta circunstancia expresamente en dichos documentos. La parte del capital de la sociedad correspondiente a cada compartimento responderá exclusivamente de los costes, gastos y obligaciones atribuidos expresamente a un compartimento y de los costes, gastos y obligaciones que no hayan sido atribuidos expresamente a un compartimento, en la parte proporcional que se establezca en los estatutos sociales. Cada compartimento recibirá una denominación específica en la que necesariamente deberá incluirse la denominación de la sociedad de inversión. Cada compartimento dará lugar a la emisión de acciones o de diferentes series de acciones, representativas de la parte del capital social que les sea atribuida. A los compartimentos les serán individualmente aplicables todas las previsiones de esta Ley con las especificidades que se establezcan reglamentariamente en lo referido, entre otros, al número mínimo de accionistas, capital social mínimo y requisitos de distribución del mismo entre los accionistas.

- 2. Las sociedades de inversión se regirán por lo establecido en esta Ley y, en lo no previsto en ella, por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (en adelante, la Ley de Sociedades de Capital) y la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.
- 3. El capital de las sociedades de inversión habrá de estar íntegramente suscrito y desembolsado desde su constitución, y se representará mediante acciones. Podrán emitirse diferentes series de acciones que se podrán diferenciar, entre otros aspectos, por la divisa de denominación, por la política de distribución de resultados o por las comisiones que les sean aplicables. Las acciones pertenecientes a una misma serie tendrán igual valor nominal y conferirán los mismos derechos. Asimismo, cada una de estas series recibirá una denominación específica, que irá precedida de la denominación de la sociedad y, en su caso, del compartimento. Dichas acciones podrán estar representadas mediante títulos nominativos o mediante anotaciones en cuenta.
- 4. El número de accionistas de las sociedades de inversión no podrá ser inferior a 100. Reglamentariamente podrá disponerse un umbral distinto, atendiendo a los distintos tipos de activos en que la sociedad materialice sus inversiones, a la naturaleza de los accionistas o a la liquidez de la sociedad. Asimismo, reglamentariamente podrán establecerse requisitos adicionales de distribución del capital social entre los accionistas. Las sociedades no constituidas por los procedimientos de fundación sucesiva y de suscripción pública de participaciones dispondrán de un plazo de un año, contado a partir de su inscripción en el correspondiente registro administrativo, para alcanzar la cifra mínima prevista en el párrafo anterior.”

El artículo 10 atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, autorizar el proyecto de constitución de las sociedades y fondos de inversión.

- “1. Corresponderá a la CNMV autorizar el proyecto de constitución de las sociedades y fondos de inversión.
- 2. La solicitud de autorización deberá incorporar, en todo caso, una memoria, la acreditación de la honorabilidad y de la profesionalidad, en los términos señalados en esta Ley, de quienes desempeñen cargos de administración y dirección de la IIC, y en general, cuantos datos, informes o antecedentes se consideren oportunos para verificar el cumplimiento de las condiciones y requisitos establecidos en este artículo. Asimismo, dicha solicitud deberá incorporar, en el caso de los fondos de inversión, el folleto y el documento con los datos fundamentales para el inversor a los que hace referencia el artículo 17 de esta ley y, en el caso de las sociedades que no hayan designado sociedad de gestión, una memoria de actividad en la que aparezca la estructura organizativa. En el caso de los fondos, la solicitud deberá incorporar el reglamento de gestión del mismo, y, en el caso de las sociedades, los estatutos sociales.



La Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) establecerá los modelos normalizados de toda la documentación a que se refiere el presente apartado.

3. En el caso de fondos de inversión y de sociedades de inversión que hayan designado una sociedad gestora, la autorización de la CNMV deberá notificarse dentro de los dos meses siguientes a la recepción de la solicitud, o al momento en que se complete la documentación exigible.

En el caso de sociedades de inversión que no hayan designado una sociedad gestora, la autorización de la CNMV deberá notificarse dentro de los tres meses siguientes a la recepción de la solicitud, o al momento en que se complete la documentación exigible. Si transcurren cinco meses sin que se dicte resolución expresa, podrá entenderse estimada la solicitud por silencio administrativo, con los efectos previstos en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

4. La CNMV sólo podrá denegar, mediante resolución motivada, la autorización de creación de una IIC cuando no se cumplan los requisitos legales y reglamentarios. En el caso de las sociedades de inversión también podrá ser denegada la autorización en los siguientes supuestos:
 - a) la falta de transparencia en la estructura del grupo al que eventualmente pueda pertenecer la entidad;
 - b) en el caso de sociedades que no hayan designado una sociedad gestora, cuando mantenga vínculos estrechos con otras entidades que no permitan un ejercicio adecuado y efectivo de las funciones de supervisión a cargo de la CNMV;
 - c) cuando se deduzca que pueden existir graves dificultades para inspeccionarla u obtener la información que la CNMV estime necesaria para el adecuado desarrollo de sus funciones supervisoras;
 - d) cuando las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado no miembro de la Unión Europea por las que se rijan las personas físicas o jurídicas con las que la sociedad de inversión mantenga vínculos estrechos, o las dificultades que suponga su aplicación, impidan el ejercicio efectivo de las referidas funciones de supervisión.

A los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá que existen vínculos estrechos cuando dos o más personas físicas o jurídicas estén unidas mediante:

- 1.º un vínculo de control, en los términos previstos en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante, la Ley del Mercado de Valores);
- 2.º el hecho de poseer, de manera directa o indirecta, o mediante un vínculo de control, el 20 por ciento o más del capital o de los derechos de voto de una empresa o entidad.

En el caso de que la sociedad gestora esté autorizada en otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de la Directiva 2009/65/CE, la autorización para la creación de una IIC en España sólo podrá ser denegada en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la sociedad gestora no respete lo previsto en los dos primeros párrafos del artículo 55. 2. bis.
- b) Cuando la sociedad gestora no esté autorizada por las autoridades competentes de su Estado miembro de origen a gestionar IIC del tipo para el que solicita la autorización.
- c) Cuando la sociedad gestora no haya facilitado la documentación a que se refiere el artículo 11.4.

Antes de rechazar una solicitud, la CNMV consultará a las autoridades competentes del Estado miembro de origen de la sociedad gestora.

La CNMV informará anualmente a la Comisión Europea y a la Autoridad Europea de Valores y Mercados del número y naturaleza de estas denegaciones.

5. Las resoluciones dictadas por la CNMV en el ejercicio de las potestades administrativas previstas en la presente Ley, con excepción de lo dispuesto en los artículos 72 y 94, pondrán fin a la vía administrativa y podrán ser recurridas en vía contencioso-administrativa.
6. Las IIC no podrán dar comienzo a su actividad hasta que no se hayan inscrito en el registro administrativo de la CNMV y se haya procedido al registro del folleto informativo correspondiente a la Institución y del documento con los datos fundamentales para el inversor. La inscripción de los fondos de inversión en el Registro Mercantil será potestativa.”

Según el artículo 11:

- “1. Serán requisitos necesarios para obtener y conservar la autorización:
 - a) Constituirse como sociedad anónima o como fondo de inversión.
 - b) Limitar su objeto social a las actividades establecidas en esta Ley.
 - c) Disponer del capital social o patrimonio mínimos en el plazo y cuantía que reglamentariamente se determinen.
 - d) Contar con los accionistas o partícipes en el plazo y número legalmente exigible.



- e) En el caso de los fondos de inversión, designar una sociedad gestora que cumpla lo previsto en el artículo 43. 1. c) si es una SGIC autorizada en España, o que cumpla lo previsto en el apartado 4 de este si es una sociedad gestora autorizada en otro Estado miembro de la Unión Europea en virtud de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, o de la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011.
- En el caso de las sociedades de inversión, si el capital social inicial mínimo no supera los 300.000 euros, designar una sociedad gestora en los términos previstos anteriormente.
- f) Designar un depositario con las excepciones que se prevean reglamentariamente.
2. Tratándose de sociedades de inversión será necesario cumplir, además, los siguientes requisitos:
- a) Contar con una organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen, tanto aquellos como éstos, la gestión correcta y prudente de la IIC, incluyendo procedimientos de gestión de riesgos, así como mecanismos de control y de seguridad en el ámbito informático y órganos y procedimientos para la prevención del blanqueo de capitales.
- b) Que su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, esté situado en territorio español.
- c) Que todos los administradores o, en su caso, los miembros de su consejo de administración, incluidas las personas físicas que representen a personas jurídicas en los consejos, así como quienes ostenten cargos de dirección en la entidad, tengan una reconocida honorabilidad empresarial o profesional.
- A los efectos de lo dispuesto en este artículo se considerará que ostentan cargos de dirección los directores generales y quienes desarrollen en la entidad funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados.
- Concurre honorabilidad en quienes hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para desempeñar una gestión sana y prudente de la entidad. Para valorar la concurrencia de honorabilidad deberá considerarse toda la información disponible, de acuerdo con los parámetros que se determinen reglamentariamente.
- d) Que la mayoría de los miembros de su consejo de administración, o de sus comisiones ejecutivas, así como todos los consejeros delegados y directores generales y asimilados, cuenten con conocimientos y experiencia adecuados en materias relacionadas con el mercado de valores o con el objeto principal de inversión de la IIC en cuestión.
- e) Contar con un reglamento interno de conducta en los términos previstos en el capítulo I del título VI. Los requisitos previstos en las anteriores letras a), d) y e) no serán exigibles a las sociedades de inversión cuya gestión, administración y representación estén encomendadas a una o varias sociedades gestoras.
- En el caso de que se produzcan cambios en quienes desempeñen cargos de administración y dirección en la sociedad, los nuevos datos identificativos deberán comunicarse inmediatamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que los hará públicos a través del correspondiente registro.
3. A los efectos de lo previsto en esta Ley, se considera que ostentan cargos de administración o dirección en una entidad sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración y aquellas personas que desarrollen en la entidad, de hecho o de derecho, funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados de la misma, incluidos los apoderados que no restrinjan el ámbito de su representación a áreas o materias específicas o ajenas a la actividad que constituye el objeto de la entidad.
4. En el caso de que la sociedad gestora esté autorizada en otro Estado miembro de la UE en virtud de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, o de la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, será además necesario para obtener la autorización, facilitar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores los siguientes documentos:
- a) El acuerdo escrito con el depositario al que se refiere el artículo 58.
- b) Información sobre las modalidades de delegación en relación con las funciones de la gestión de activos y de la administración de las IIC. La sociedad gestora notificará a la Comisión Nacional del Mercado de Valores cualquier modificación sustancial posterior de esta documentación.
- Si la sociedad gestora ya gestiona otra IIC del mismo tipo en España será suficiente la referencia a la documentación ya facilitada.
- En ningún caso la autorización de la IIC estará supeditada a que ésta sea gestionada por una sociedad gestora cuyo domicilio social se encuentre en España ni a que la sociedad gestora ejerza por sí o delegue el ejercicio de algunas actividades en España.
5. En la medida en que sea necesario para garantizar el cumplimiento de las normas de cuya supervisión sea responsable la Comisión Nacional del Mercado de Valores, esta podrá solicitar a las autoridades compe-



tentes del Estado miembro de origen de la sociedad de gestión precisiones e información acerca de la documentación a que se refiere el apartado anterior y, sobre la base del certificado que la autoridad competente del Estado miembro de origen de la sociedad gestora debe haberle remitido, acerca de si el tipo de IIC para el que se solicita autorización entra dentro del ámbito de la autorización otorgada a la sociedad de gestión.”

Por otra parte, hay que tener en cuenta también, las previsiones del artículo 13 de la Ley de IIC que establece los supuestos en que ha de procederse a revocar o suspender la autorización a las diferentes IIC, lo que implica que al incurrir en uno de esos supuestos la IIC pierda dicha condición y en consecuencia el régimen fiscal de tributación en el Impuesto sobre Sociedades del 1 por 100 lo que supondría tributar en consecuencia al tipo general de gravamen.

Estos supuestos son los siguientes:

“Artículo 13. *Revocación y suspensión de la autorización.*

1. La autorización concedida a las IIC sólo puede ser revocada por la CNMV, además de por lo dispuesto en el artículo 85 de esta ley, en los siguientes supuestos:
 - a) Por el incumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado cuatro del artículo 10 o en el artículo 11 de esta ley.
No obstante, cuando por circunstancias del mercado o por el obligado cumplimiento de esta ley o de las prescripciones de la Ley de Sociedades Anónimas, el patrimonio o el número de partícipes de un fondo, o el capital o el número de accionistas de una sociedad de inversión, descendieran de los mínimos establecidos reglamentariamente, dichas instituciones gozarán del plazo de un año, durante el cual podrán continuar operando como tales. Dentro de dicho plazo deberán, bien llevar a efecto la reconstitución del capital o del patrimonio y del número de accionistas o partícipes, bien renunciar a la autorización concedida o bien decidir su disolución.
 - b) Si no da comienzo a las actividades específicas de su objeto social dentro de los seis meses siguientes a la fecha de inscripción en el registro especial correspondiente por causa imputable al interesado.
 - c) Si renuncia de modo expreso a la autorización.
 - d) Si no se inscribe en el registro correspondiente de la CNMV dentro de los seis meses siguientes a la fecha de notificación de la autorización, por causa imputable al interesado.
 - e) Cuando haya obtenido la autorización por medio de declaraciones falsas u omisiones o por otro medio contrario al ordenamiento jurídico.
 - f) Si durante un año el volumen de actividad es inferior al que reglamentariamente se determine.
 - g) Cuando existan razones fundadas y acreditadas respecto de que la influencia ejercida por las personas que posean una participación significativa en una sociedad de inversión pueda resultar en detrimento de la gestión correcta y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera.
 - h) Si se inicia respecto de la entidad un procedimiento concursal.
 - i) Cuando se dé alguna de las causas de disolución forzosa previstas en el artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas.
2. La autorización concedida a una sociedad de inversión podrá ser suspendida en los casos siguientes:
 - a) Cuando se infrinjan de manera grave o sistemática las disposiciones previstas en esta ley o en el resto de normas reguladoras de las sociedades de inversión, b) Cuando existan razones fundadas y acreditadas respecto de que la influencia ejercida por las personas que posean una participación significativa en una sociedad de inversión pueda resultar en detrimento de la gestión correcta y prudente de la misma, que dañe gravemente su situación financiera.
 - c) Como sanción según lo previsto en el título VI de esta ley.
 - d) En los supuestos previstos en los párrafos a), b), en lo que le sea de aplicación, y c) del apartado 1 del artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores.”

I.3. Clases de instituciones de inversión colectiva

La clasificación de las Instituciones de Inversión Colectiva se puede realizar atendiendo a numerosos criterios.

I.3.1. Instituciones de inversión colectiva de carácter financiero y no financiero

La Ley 35/2003 y el RIIC las clasifican en dos grandes bloques en función de los activos con los que operan: Instituciones de Inversión Colectiva de carácter financiero y no financiero (art. 1.3).



Las de carácter financiero (párrafo primero del art. 29) se caracterizan porque invierten la mayor parte de su capital o patrimonio en activos financieros, tales como acciones, pagarés, instrumentos derivados, depósitos, etc.; y las de carácter no financiero, por invertir en activos de otra naturaleza, como por ejemplo, inmuebles, obras de arte, etc. (vid. art. 34 LIIC que contiene una definición de carácter residual, por oposición a la de las IIC de carácter financiero).

Son IIC de carácter financiero aquéllas que tengan por objeto la inversión en activos e instrumentos financieros. Dentro del primer grupo, IIC financieras, el artículo 29 LIIC contempla dos tipos:

- Sociedades de Inversión de Capital Variable (SICAV).
- Fondos de Inversión de carácter financiero (FI).

Ambos tipos de Instituciones de Inversión Colectiva pueden invertir en los mismos activos financieros. Estos se encuentran establecidos en el artículo 30 de la Ley 35/2003 (art. único.34 Ley 31/2011, de 4 de octubre) y artículo 48 Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio (redacción RD 83/2015, de 13 febrero). En general, se admite la inversión en cualquier activo o instrumento financiero.

Por tanto, el criterio que diferencia a las Instituciones de Inversión Colectiva financieras no es la distinta clase de activos en los que invierten, sino la distinta naturaleza jurídica. En efecto: así como las SICAV han de revestirse de una concreta forma social (la de la sociedad anónima, de conformidad con lo previsto en los arts. 9.1 y 29 LIIC), los FI no adoptan forma societaria alguna, teniendo naturaleza de patrimonios separados sin personalidad jurídica (art. 3.1 LIIC).

La ley no establece el porcentaje que como mínimo deben invertir las Sociedades de Inversión de Capital Variable y Fondos de Inversión en activos financieros, sino que delega en el Reglamento (art. 30.3 Ley 35/2003). Y éste lo regula en sus artículos 48, 49, 50, 51 y 52 Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio (redacción RD 83/2015, de 13 febrero).

Con relación al segundo grupo, IIC no financieras, se distinguen las siguientes:

- Sociedad de Inversión Inmobiliaria (SII).
- Fondo de Inversión Inmobiliaria (FII).
- Resto de Sociedades y Fondos de Inversión que invierten en activos no financieros.

Las dos primeras categorías de IIC no financieras se caracterizan por tener por objeto principal la inversión en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento (art. 35 LIIC).

I.3.2. Instituciones de inversión colectiva típicas y atípicas

Sobre la base de lo que dispone el párrafo segundo del artículo 1.1 LIIC, podemos distinguir entre instituciones de inversión colectiva típicas y atípicas, de modo que serán IIC típicas las que se ajusten a la definición del párrafo primero del artículo 1.1 LIIC y reúnan los demás requisitos legalmente exigibles e IIC atípicas las que no cumplan estas condiciones.

Son IIC típicas las Sociedades de Inversión de Capital Variable (SICAV), los Fondos de Inversión de carácter financiero (FI), las Sociedades de Inversión Inmobiliaria (SII), los Fondos de Inversión Inmobiliaria (FII) y aquellas otras IIC no financieras distintas de las IIC inmobiliarias.

De conformidad con lo previsto en el párrafo segundo del artículo 1.1 LIIC, no es posible atribuir el carácter de instituciones de inversión colectiva a las que hemos dado en llamar atípicas.

Esta clasificación tiene gran importancia desde el punto de vista tributario, pues sólo las IIC típicas gozan de un régimen fiscal especial.

I.3.3. Instituciones de inversión colectiva de capital fijo y variable

Otro criterio de clasificación es el que permite distinguir entre IIC de capital fijo y de capital variable.

Hasta la aprobación de la Ley 35/2003, la normativa entonces vigente preveía la existencia de sociedades de inversión de carácter financiero tanto de capital fijo como de capital variable, pero en la actualidad las IIC de carácter financiero sólo pueden ser de capital variable, lo que ha provocado la desaparición de las sociedades de inversión de carácter financiero y de capital fijo.

Por su parte, los fondos de inversión, tanto financieros como no financieros, son siempre de capital o patrimonio variable.



1.3.4. Instituciones de inversión colectiva con forma jurídica de sociedad y fondo de inversión

La última clasificación a la que haremos referencia es la que atiende a la naturaleza jurídica de estas entidades. La importancia de esta clasificación es innegable desde el punto de vista tributario, pues la naturaleza jurídica de las distintas LIC condiciona el régimen fiscal aplicable a cada una de ellas.

En función de su naturaleza jurídica, podemos distinguir entre Sociedades de Inversión y Fondos de Inversión.

La naturaleza jurídica de las Sociedades de Inversión está clara, a la vista de lo que dispone el artículo 9.1 LIC: han de revestir siempre forma de sociedad anónima. Ello da lugar a que en todo lo no previsto en la LIC se aplique lo dispuesto en el TR de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio y la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (art. 9.2 LIC, art. *único*.5 de Ley 31/2011, de 4 de octubre).

Más difícil de precisar es la naturaleza jurídica de los Fondos de Inversión, puesto que es ésta una figura de origen anglosajón, cuyos elementos esenciales son extraños a nuestro derecho. Se fundamenta en el *trust*, cuya principal característica es la de permitir el desdoblamiento del derecho de propiedad sobre un mismo bien, distinguiéndose así entre una propiedad formal y propiedad material sobre las inversiones y los fondos invertidos.

Descendiendo al terreno de la normativa vigente, el artículo 3.1 LIC señala que un Fondo de Inversión es un patrimonio separado sin personalidad jurídica, perteneciente a una pluralidad de inversores (a quienes corresponde la propiedad material), cuya gestión y representación corresponde a la sociedad gestora, que ejerce facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario (correspondiendo a estos últimos la propiedad formal).

Podemos decir que nos encontramos con una nueva fórmula jurídica que se halla a medio camino entre la sociedad personalista y la comunidad de bienes.

A efectos fiscales interesa destacar que, a pesar de que la normativa sustantiva no atribuye personalidad jurídica a los Fondos de Inversión, pueden llegar a ser sujetos de derechos y obligaciones desde el punto de vista tributario, pues reúnen las características que permiten calificarlos como aquellas unidades económicas o patrimonios separados susceptibles de imposición contemplados en el artículo 35.4 LGT, de modo que si la normativa propia del correspondiente tributo lo considera oportuno, pueden ser sujetos pasivos del mismo.

1.3.5. Entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado

La Ley 22/2014, de 12 de noviembre, regula las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado.

Conforme establece el artículo 2 de la Ley 22/2014 se entenderá por inversión colectiva de tipo cerrado la realizada por las entidades de capital-riesgo y demás entidades de inversión colectiva en las que la política de desinversión de sus socios o partícipes cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Que las desinversiones se produzcan de forma simultánea para todos los inversores o partícipes, y
- b) que lo percibido por cada inversor o partícipe lo sea en función de los derechos que correspondan a cada uno de ellos, de acuerdo con los términos establecidos en sus estatutos o reglamentos para cada clase de acciones o participaciones.

En todo caso, a los efectos de esta Ley serán entidades de inversión colectiva de tipo cerrado las entidades de inversión colectiva de un tipo distinto a las descritas en el artículo 1.2 del Reglamento Delegado (UE) número 694/2014 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2013, por el que se complementa la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a las normas técnicas de regulación que determinan los tipos de gestores de fondos de inversión alternativos.

Mientras que se entenderá por entidades de capital-riesgo (ECR), de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 22/2014, aquellas entidades de inversión colectiva de tipo cerrado que obtienen capital de una serie de inversores mediante una actividad comercial cuyo fin mercantil es generar ganancias o rendimientos para los inversores. Las ECR pueden adoptar la forma jurídica de sociedades de capital riesgo (SCR) o de fondos de capital riesgo (FCR). Por su parte las ECR-Pyme (cumplan con lo establecido en la sección 3.ª del capí-

tulo II del título I en materia de régimen de inversiones) pueden adoptar la forma jurídica de sociedades de capital-riesgo Pyme (SCR-Pyme) o de fondos de capital-riesgo Pyme (FCR-Pyme).

En cuanto a las entidades de inversión colectiva de tipo cerrado (EICC) son definidas por el artículo 4 de la Ley 22/2014 como aquellas entidades de inversión colectiva que, careciendo de un objetivo comercial o industrial, obtienen capital de una serie de inversores, mediante una actividad de comercialización, para invertirlo en todo tipo de activos financieros o no financieros, con arreglo a una política de inversión definida.

Las EICC pueden adoptar la forma jurídica de sociedades, que se denominarán sociedades de inversión colectiva de tipo cerrado (SICC), o de fondos, que se denominarán fondos de inversión colectiva de tipo cerrado (FICC).

Si bien no se entenderán incluidas en el concepto de EICC las entidades de capital-riesgo del artículo 3 de la Ley 22/2014 ni ninguna de las entidades autorizadas de conformidad con la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

2. RÉGIMEN FISCAL DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA RESIDENTES EN TERRITORIO ESPAÑOL

2.1. Tributación en el Impuesto sobre Sociedades de las IIC residentes en territorio español

2.1.1. Sujeción

Las Sociedades y Fondos de Inversión están sujetos al Impuesto sobre Sociedades.

En el caso de las Sociedades de Inversión, quedan sujetas al Impuesto sobre Sociedades, puesto que tienen personalidad jurídica [art. 7. 1. c) del LIS/2014] al tener que constituirse necesariamente bajo la forma jurídica de sociedad anónima.

En cuanto a los Fondos de Inversión se someten a sujeción de forma expresa en la letra c) del artículo 7. 1 de la LIS/2014, debido a que no tienen personalidad jurídica, pero son una fórmula jurídica apta para ser sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, ya que forman una unidad económica o patrimonio separado susceptible de imposición, es decir, encajan dentro de las entidades a las que se refiere el artículo 35 de la Ley General Tributaria. Hay que recordar, en este sentido, que el citado precepto no atribuye automáticamente la condición de sujetos pasivos a las entidades que, careciendo de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptible de imposición, sino que es precisa una ulterior decisión del legislador para cada tributo concreto en orden a la consideración de estas entidades como sujetos pasivos.

Por su parte el apartado e) del artículo 7. 1 de la Ley 27/2014, de 27 noviembre (LIS/2014) precisa que también serán contribuyentes del IS los fondos de capital-riesgo, y los fondos de inversión colectiva de tipo cerrado regulados en la Ley 22/2014, de 12 de noviembre (RCL 2014, 1530), por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

2.1.2. Base imponible

La configuración de la base imponible se rige por la normativa de contenido general, es decir, no existe ninguna medida específica para las Sociedades y Fondos de Inversión prevista en la regulación de este elemento del tributo.

Tanto las Sociedades como los fondos invierten en activos financieros, de modo que su base imponible viene determinada por las ganancias patrimoniales netas (expresión que junto con las de pérdidas patrimoniales, plusvalías y minusvalías emplearemos a partir de ahora por su grafismo, aun siendo conscientes de que no es la más adecuada en el ámbito del IS) y los rendimientos de capital que aquéllos generen.

La base imponible se calcula partiendo del resultado contable, y en su caso, se practican los correspondientes ajustes extracontables previstos en la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Así lo establece el artículo 10. 3 LIS/2014, que también establece que el régimen de estimación directa será el aplicable con carácter general.

Una cuestión a analizar con particular interés en relación con el cálculo de la base imponible del IS de las IIC es el de la tributación de las minusvalías y plusvalías latentes, puesto que las Sociedades y Fondos deben realizar asiduamente correcciones de valor de su activo.

A diferencia de la anterior Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, la actual LIIC no contiene ningún precepto tendente a regular el modo de calcular el valor del activo de las Sociedades y Fondos de Inversión.

2.1.3. Tipo de gravamen

El apartado 4 del artículo 29 LIS/2014 prevé un tipo de gravamen especial del I por 100 para:

- a) Las sociedades de inversión de capital variable (SICAVs) reguladas por la Ley 35/2003, de Instituciones de Inversión Colectiva, siempre que el número de accionistas requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.4, es decir, 100, aunque reglamentariamente podrá disponerse un umbral distinto, atendiendo a los distintos tipos de activos en que la sociedad materialice sus inversiones, a la naturaleza de sus accionistas o a la liquidez de la sociedad.
- b) Los fondos de inversión de carácter financiero previstos en la citada Ley, siempre que el número de partícipes requerido sea, como mínimo, el previsto en artículo 5.4 (esto es, como mínimo 100 partícipes, aunque reglamentariamente podrá disponerse un umbral distinto, atendiendo a los distintos tipos de activos en los que la IIC materialice sus inversiones, a la naturaleza de los partícipes o a la liquidez del fondo).
- c) Las sociedades de inversión inmobiliaria y los fondos de inversión inmobiliaria distintos de los previstos en la letra d) siguiente, siempre que el número de accionistas o partícipes requerido sea, como mínimo, 100 y que, con el carácter de instituciones de inversión colectiva no financieras, tengan por objeto exclusivo la inversión en cualquier tipo de inmueble de naturaleza urbana para su arrendamiento.

La aplicación de los tipos de gravamen previstos en este apartado requerirá que los bienes inmuebles que integren el activo de las instituciones de inversión colectiva no se enajenen hasta que no hayan transcurrido al menos tres años desde su adquisición, salvo que, con carácter excepcional, medie la autorización expresa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

La transmisión de dichos inmuebles antes del transcurso del período mínimo determinará que la renta derivada de dicha transmisión tributará al tipo general de gravamen del impuesto. Además, la entidad estará obligada a ingresar, junto con la cuota del período impositivo correspondiente al período en el que se transmitió el bien, los importes resultantes de aplicar a las rentas correspondientes al inmueble en cada uno de los períodos impositivos anteriores en los que hubiera resultado de aplicación el régimen previsto en esta letra c), la diferencia entre el tipo general de gravamen vigente en cada período y el tipo del I por 100, sin perjuicio de los intereses de demora, recargos y sanciones que, en su caso, resulten procedentes.

Lo establecido en esta letra c) está condicionado a que los estatutos de la entidad prevean la no distribución de dividendos.

- d) Las sociedades de inversión inmobiliaria y los fondos de inversión inmobiliaria regulados en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, que, además de reunir los requisitos previstos en la letra c), desarrollen la actividad de promoción exclusivamente de viviendas para destinarlas a su arrendamiento y cumplan las siguientes condiciones:
 - 1.^a Las inversiones en bienes inmuebles afectas a la actividad de promoción inmobiliaria no podrán superar el 20 por 100 del total del activo de la sociedad o fondo de inversión inmobiliaria.
 - 2.^a La actividad de promoción inmobiliaria y la de arrendamiento deberán ser objeto de contabilización separada para cada inmueble adquirido o promovido, con el desglose que resulte necesario para conocer la renta correspondiente a cada vivienda, local o finca registral independiente en que éstos se dividan, sin perjuicio del cómputo de las inversiones en el total del activo a efectos del porcentaje previsto en la letra c).
 - 3.^a Los inmuebles derivados de la actividad de promoción deberán permanecer arrendados u ofrecidos en arrendamiento por la sociedad o fondo de inversión inmobiliaria durante un período mínimo de siete años. Este plazo se computará desde la fecha de terminación de la construcción. A estos efectos, la terminación de la construcción del inmueble se acreditará mediante el

certificado final de obra a que se refiere el artículo 6 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación.

La transmisión de dichos inmuebles antes del transcurso del período mínimo determinará que la renta derivada de dicha transmisión tributará al tipo general de gravamen del impuesto. Además, la entidad estará obligada a ingresar, junto con la cuota del período impositivo correspondiente al período en el que se transmitió el bien, los importes resultantes de aplicar a las rentas correspondientes al inmueble en cada uno de los períodos impositivos anteriores en los que hubiera resultado de aplicación el régimen previsto en esta letra d) la diferencia entre el tipo general de gravamen vigente en cada período y el tipo del uno por ciento, sin perjuicio de los intereses de demora, recargos y sanciones que, en su caso, resulten procedentes.

Las sociedades de inversión inmobiliaria o los fondos de inversión inmobiliaria que desarrollen la actividad de promoción de viviendas para su arrendamiento estarán obligadas a comunicar dicha circunstancia a la Administración tributaria en el período impositivo en que se inicie la citada actividad.

Por otra parte, la Resolución de la DGT número 1855/2006, de 18 septiembre, recoge los requisitos para la aplicación del tipo reducido del 1 por 100 a fondos de inversión colectiva de naturaleza inmobiliaria que pretendan promover viviendas para su arrendamiento.

De acuerdo con lo declarado por el TEAC mediante Resolución de 22 de noviembre de 2007, la competencia para inspeccionar el cumplimiento de los requisitos legales de una IIC resulta atribuida con carácter exclusivo a la CNMV.

Por otro lado, del contenido de la Resolución DGT 26/2002, de 15 de enero parece desprenderse que en caso de disolución y consiguiente apertura del proceso de liquidación de un fondo de inversión inmobiliaria, podría seguir disfrutándose de este tipo reducido del 1 por 100, siempre y cuando la sociedad gestora y el depositario actúen con la mayor diligencia en el período de liquidación en orden a la enajenación de los valores y activos del fondo dentro de los plazos legales establecidos a tal fin.

2.1.4. Medidas para evitar la doble imposición

Otra de las medidas fiscales especiales más características del régimen de las IIC en el IS está relacionada con los mecanismos para evitar o, al menos, paliar la doble imposición que pueden llegar a soportar los sujetos pasivos del Impuesto y con las deducciones en la cuota, en general. Concretamente, el artículo 52. 1 LIS/2014 prevé que las instituciones de inversión colectiva reguladas en la LIIC con excepción de las sometidas al tipo general de gravamen, no tendrán derecho a deducción alguna de la cuota (arts. 31 y 32 LIS/2014) ni a la exención de rentas en la base imponible para evitar la doble imposición internacional, artículo 21 LIS/2014.

Por otro lado, y atendiendo ahora al régimen tributario de los socios o partícipes de las IIC, el artículo 53. 1 LIS/2014 establece que los beneficios distribuidos por las instituciones de inversión colectiva no darán derecho a deducción por doble imposición.

Se excluye la aplicación de la exención, artículo 21 LIS/2014.

En cuanto a las deducciones, se excluyen las siguientes:

- a) Deducción para evitar la doble imposición jurídica: impuesto soportado por el contribuyente. (Art. 31 LIS/2014.)
- b) Deducción para evitar la doble imposición económica internacional: dividendos y participaciones en beneficios. (Art. 32 LIS/2014.)

2.1.5. Pagos a cuenta

Las IIC no están obligadas a efectuar pagos fraccionados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40. 1 LIS/2014.

No obstante los dividendos percibidos están sujetos a retención al tipo de retención general previsto artículo 128 de LIS/2014.

2.1.6. Solicitudes de devolución de las retenciones

Si resultase de aplicación el tipo especial del 1 por 100 a la IIC, de conformidad con la redacción del artículo 127 de la LIS 2014, cuando la cuota resultante de la autoliquidación o, en su caso, de la liquidación

provisional sea inferior a la suma de las cantidades efectivamente retenidas, ingresos a cuenta y pagos fraccionados, la Administración tributaria procederá a devolver de oficio el exceso sobre la citada cuota, sin perjuicio de la práctica de las ulteriores liquidaciones, provisionales o definitivas, que procedan. Las IIC domésticas soportan la retención en un ejercicio impositivo concreto y no van a poder obtener la devolución hasta que se presente la declaración por el Impuesto sobre Sociedades en el mes de julio del año siguiente y a partir de ese momento, la Administración tributaria cuenta con seis meses para proceder a la devolución. Transcurrido este plazo sin que se hubiera acordado la devolución, comienzan a devengarse intereses de demora a favor del contribuyente.

2.2. Tributación en IRNR de las IIC residentes en otros Estados miembros de la UE comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/65/CE

En el caso de obtención de rentas sin mediación de establecimiento permanente por IIC residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea sujetas a la Directiva 2009/65/CE, serán de aplicación las disposiciones del TRLIRNR. En particular, a las rentas obtenidas en España por la entidad no residente, le es aplicable el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que establece en el artículo 12 que constituye hecho imponible la obtención de rentas en territorio español por los contribuyentes por este impuesto. A su vez el artículo 13. 1.f) considera a los dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos de entidades residentes en España como rentas obtenidas en territorio español. En los artículos 3 y 4 dispone que el impuesto se rige por la presente Ley, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados y Convenios Internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno. En consecuencia los dividendos obtenidos por la entidad, están sometidos a tributación, y la cuota tributaria se obtendría aplicando a la base imponible, determinada conforme al artículo 24, el tipo de gravamen establecido en el artículo 25 del RDL 5/2004, respetando en su caso, el límite de convenio.

No obstante, en aras de dotar del mismo tratamiento que reciben las IIC residentes en territorio español a las IIC de la Unión Europea (UE) y del Espacio Económico Europeo (EEE), 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, incorporó al ordenamiento interno determinadas modificaciones en el Texto Refundido del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, referidas, entre otras, al artículo 14, que tienen por objeto favorecer las libertades básicas incluidas en los Tratados y el acervo comunitario. Y ello con el objeto de permitir que las IIC de la Directiva puedan obtener el retorno de la retención practicada en España por los dividendos percibidos, con un impuesto definitivo del 1 por 100 equiparable a la tributación de las IIC domésticas en el Impuesto sobre Sociedades.

En efecto, el objeto de la norma citada es articular un beneficio fiscal muy concreto a favor de determinadas IIC que cumplan con una serie de requisitos, que estén constituidas al amparo de la Directiva 2009/65 y que acrediten este extremo, consistente en devolver el exceso de retención practicado en España sobre los dividendos satisfechos a las IIC de la Directiva que excede del tipo de tributación de las IIC domésticas que es el 1 por 100.

La Ley citada entra en vigor desde el día siguiente de su publicación, pero como indica la disposición final cuarta, el artículo cuarto que regula la norma que nos ocupa, surte efectos desde 1 de enero de 2010.

En efecto, el artículo cuarto modifica diversos preceptos del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

Así en el apartado dos se añaden dos nuevas letras, k) y l), al apartado 1 del artículo 14 relativo a las rentas exentas con la siguiente redacción y con la finalidad de cumplir lo anteriormente reseñado: favorecer las libertades básicas y otorgar un tratamiento equivalente a determinados fondos de pensiones de la UE y del mismo modo a otras IIC equivalentes a las domésticas.

- “k) Los dividendos y participaciones en beneficios obtenidos sin mediación de establecimiento permanente por fondos de pensiones equivalentes a los regulados en el texto refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, que sean residentes en otro Estado miembro de la Unión Europea o por establecimientos permanentes de dichas instituciones situados en otro Estado miembro de la Unión Europea.

Se consideran fondos de pensiones equivalentes aquellas instituciones de previsión social que cumplan los siguientes requisitos:

Que tengan por objeto exclusivo proporcionar una prestación complementaria en el momento de la jubilación, fallecimiento, incapacidad o dependencia en los mismos términos previstos en el artículo 8.6 del Texto Refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones.

Que las contribuciones empresariales que pudieran realizarse se imputen fiscalmente al partícipe a quien se vincula la prestación, transmitiéndole de forma irrevocable el derecho a la percepción de la prestación futura.

Que cuenten con un régimen fiscal preferencial de diferimiento impositivo tanto respecto de las aportaciones como de las contribuciones empresariales realizadas a los mismos. Dicho régimen debe caracterizarse por la tributación efectiva de todas las aportaciones y contribuciones así como de la rentabilidad obtenida en su gestión en el momento de la percepción de la prestación.

- 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.”

Estas letras tuvieron una ulterior modificación con la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, disposición final quincuagésima séptima, con el objeto de extender el marco de aplicación al Espacio Económico Europeo (EEE) y no circunscribirlo solo a la UE, pero siempre que la entidad se constituya apoyándose en la regulación de la Directiva 2009/65/CE que como es conocido sobre la base de los acuerdos conjuntos Comisión- EEE, son normas de aplicación en el EEE.

Retomando el asunto de la Ley 2/2010 para dar consistencia y coherencia al nuevo tratamiento que se otorga a los fondos de pensiones de la UE y a las IIC de la Directiva, se modifica mediante un apartado cinco del artículo 4 de la Ley 2/2010, que cambia el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, dando nueva redacción al artículo 31.4. Hay que tener en cuenta que el artículo 31 de la Ley citada en último lugar regula la obligación de retener e ingresar a cuenta. El tenor de la modificación es el siguiente:

“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.

No existirá obligación de presentar declaración respecto de los rendimientos a que se refiere el artículo 14. l d) (...).”

Como se puede apreciar, es claro que hay obligación de practicar retención o ingreso a cuenta por parte del pagador respecto de los dividendos que se abonen a las IIC de la Directiva; se trata de dar uniformidad en el tratamiento a las IIC domésticas que están sujetas a retención y a las europeas cubiertas por el manto protector de la Directiva 2009/65.

Solicitudes de devolución de las retenciones soportadas

Las IIC comprendidas en el ámbito de la Directiva 2009/65/CE, pueden solicitar la devolución de las retenciones mediante la presentación de la declaración del modelo 210 correspondiente al Impuesto sobre la Renta de no Residentes, rentas obtenidas sin establecimiento permanente.

Al igual que ocurre con las IIC domésticas, la retención soportada es un ingreso debido puesto que resulta de la aplicación a las entidades pagadoras de los dividendos del artículo 128 LIS/2014. Asimismo es de aplicación a las IIC no residentes receptoras de los dividendos el artículo 31 del TRIRNR en los términos transcritos con anterioridad.

Las IIC domésticas soportan la retención en un ejercicio impositivo concreto y no van a poder obtener la devolución hasta que se presente la declaración por el Impuesto sobre Sociedades en el mes de julio del año siguiente y a partir de ese momento, la Administración tributaria cuenta con seis meses para proceder a la devolución. No tendría sentido otorgar un privilegio a las IIC de la Directiva y otorgarles una suerte de

devolución inmediata en cuanto soportan la retención, sería un privilegio exorbitante con relación a las IIC domésticas que no sería entendido de ninguna manera por los contribuyentes residentes; además de no ser posible por razones de control, ya que es preciso efectuar un contraste entre lo que se dice que se ha retenido y lo que se ha ingresado en el Tesoro.

Por tanto para dar uniformidad al sistema todos soportan retención en los mismos términos y al finalizar el periodo impositivo, las IIC domésticas y las IIC de la Directiva 2009/65 solicitarán la devolución mediante la presentación de las respectivas declaraciones.

Es evidente que lo que se pretende mediante esta regulación es dotar al sistema de cierta equivalencia, las IIC de la Directiva van a soportar la retención durante el año y al finalizar el mismo deberán presentar la declaración solicitando la devolución, del mismo modo que la IIC doméstica.

A tenor de lo anterior la retención es perfectamente coherente en cada pago de dividendos que perciban las IIC de la Directiva, es una retención técnicamente perfecta; *a posteriori*, se procederá a efectuar la devolución a esta IIC a la vista de la declaración y una vez acreditadas las retenciones, pero esa devolución se lleva a cabo por técnica impositiva.

La Orden EHA/3316/2010, de 17 de diciembre, por la que se aprueban los modelos de autoliquidación 210, 211 y 213 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, en el artículo 5 regula el plazo de presentación de las autoliquidaciones del Impuesto por las rentas obtenidas en España sin mediación de establecimiento permanente señala lo siguiente:

“El plazo de presentación y, en su caso, de ingreso, en función del tipo de renta declarada, será:

- a) Rentas derivadas de transmisiones de bienes inmuebles: Conforme establece el artículo 14.4 del Reglamento del impuesto, las autoliquidaciones de rentas derivadas de transmisiones de bienes inmuebles se presentarán, con independencia del resultado de la autoliquidación, en el plazo de tres meses una vez transcurrido el plazo de un mes desde la fecha de la transmisión del bien inmueble.
- b) Rentas imputadas de los bienes inmuebles situados en territorio español a que se refiere el artículo 24.5 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: el plazo de presentación e ingreso será el año natural siguiente a la fecha de devengo.
- c) Resto de rentas:
 - 1.º Autoliquidaciones con resultado a ingresar: el plazo de presentación e ingreso será los veinte primeros días naturales de los meses de abril, julio, octubre y enero, en relación con las rentas cuya fecha de devengo esté comprendida en el trimestre natural anterior.
 - 2.º Autoliquidaciones de cuota cero: el plazo de presentación será del 1 al 20 de enero del año siguiente al de devengo de las rentas declaradas.
 - 3.º Autoliquidaciones con resultado a devolver: podrán presentarse a partir del 1 de febrero del año siguiente al de devengo de las rentas declaradas y dentro del plazo de cuatro años contados desde el término del período de declaración e ingreso de la retención. Este plazo resultará aplicable a todas las autoliquidaciones, con independencia de si la devolución deriva de la norma interna o de un Convenio para evitar la doble imposición, incluso en aquellos supuestos en los que una Orden de desarrollo del Convenio fije un plazo inferior. Se entenderá concluido el plazo para la presentación de la autoliquidación en la fecha de su presentación.”

Para los períodos impositivos anteriores a la entrada en vigor de la redacción dada por la Ley 2/2010 a los artículos 14 y 31 del TRLIRNR y respecto al procedimiento para la solicitud de devolución de las retenciones soportadas por las IIC no residentes, será de aplicación el Informe de la Dirección General de Tributos de 24 de julio de 2013. De acuerdo con el Informe, se entiende que los dividendos participaciones en beneficios obtenidos en territorio español por IIC y FP residentes en Estados miembros y del Espacio Económico Europeo correspondientes a períodos impositivos no prescritos anteriores a 1 de enero de 2010, (en el caso de los residentes del EEE, 5 de marzo de 2011), deben de tener un tratamiento equivalente al que reciben los obtenidos por los residentes en territorio español, siempre que las citadas IIC o FP acrediten haber estado en los correspondientes períodos impositivos en una situación equivalente a sus homónimas españolas. El informe plantea en sus apartados III y IV que deben de acreditar las IIC y los FP residentes en la UE o en el EEE respecto de cada ejercicio completo correspondiente a las solicitudes de devolución, a los efectos de ser consideradas o equivalentes a las españolas, sin perjuicio de libertad de prueba recogido en el ordenamiento jurídico español, tanto respecto los medios de prueba que se aporten como en la forma en que estas se valoren.

2.3. Tributación en el IRNR de las IIC residentes en otros Estados miembros de la UE no comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/65/CE o residentes en terceros países

En el caso de obtención de rentas sin mediación de establecimiento permanente por IIC residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea y no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/65/CE, así como residentes en Terceros estados fuera de la UE, les serán de aplicación las disposiciones del TRLIRNR. En particular, a las rentas obtenidas en España por la entidad no residente, le es aplicable el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que establece en el artículo 12 que constituye hecho imponible la obtención de rentas en territorio español por los contribuyentes por este impuesto. A su vez el artículo 13. 1. f) considera a los dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos de entidades residentes en España como rentas obtenidas en territorio español. En los artículos 3 y 4 dispone que el impuesto se rige por la presente Ley, sin perjuicio de lo establecido en los Tratados y Convenios Internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno. En consecuencia los dividendos obtenidos por la entidad, están sometidos a tributación, y la cuota tributaria se obtendría aplicando a la base imponible, determinada conforme al artículo 24, el tipo de gravamen establecido en el artículo 25 del RDL 5/2004, respetando en su caso, el límite de convenio.

Al igual que ocurre en el caso de las IIC residentes en España y las IIC residentes en Estados miembros de la UE dentro del ámbito de la Directiva 2009/65/CE, los dividendos percibidos por las IIC residentes en Terceros Estados fuera de la UE o en otros Estados miembros pero que no cumplen los requisitos de la Directiva 2009/65/CE, están sujetos a retención al tipo de retención general previsto para las entidades pagadoras de los dividendos en el artículo 128 de LIS/2014.

En este caso, los perceptores no residentes de los dividendos no quedan comprendidos en la regulación del artículo 14 del TRLIS y no procede por lo tanto, la devolución de las retenciones soportadas que lo han sido conforme a la ley. La retención por lo tanto procedería con todas sus consecuencias.

No obstante, las IIC de los países que no están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 14 del TRLIRN, han venido presentando solicitudes de devolución de las retenciones soportadas, basándose en el principio de libre circulación de capitales consagrada en el artículo 63 del TFUE e instando el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

Las cuestiones planteadas en los numerosos procedimientos iniciados ante la Administración en relación a las solicitudes de devolución de los residentes en terceros Estados, se han articulado básicamente en dos tipos de procedimientos:

- 1) Solicitud de rectificación de las autoliquidaciones presentadas por los pagadores de los dividendos, considerando que las retenciones eran indebidas por ser contrarias al principio de libre circulación y por lo tanto procede la devolución de los intereses desde que se produjo el ingreso que se pretende indevido.
- 2) Solicitud de devolución mediante la presentación de la declaración del IRNR, modelo 210 solicitando el mismo tratamiento que el TRLIRNR confiere a las entidades sujetas a la Directiva 2009/65/CE en el artículo 14 y solicitando el abono de las retenciones como una devolución derivada de la normativa del tributo, junto intereses de demora devengados a partir de la finalización del plazo de 6 meses desde la presentación de la solicitud de devolución.

Con respecto al primero de los procedimientos ha sido desestimado en todos los pronunciamientos de la Administración que mantiene que las retenciones son debidas y no procede la impugnación de las autoliquidaciones presentadas por los pagadores de los dividendos.

Considerar que la retención practicada fuera indebida, en el caso que nos ocupa, no solo sería pernicioso para las IIC domésticas sino para las IIC de la Directiva, al otorgarse un privilegio, desde el punto de vista de la calificación como indebida de la retención, que no es lógico ni coherente con el esquema tributario que ha diseñado el legislador y que además, en ningún caso, tendría contrapartida en la otra jurisdicción, ya que los legisladores podrán buscar un equilibrio en los tratamientos tributarios, pero en ningún caso otorgarán un tratamiento como el pretendido, que sería privilegiar de manera desmedida con esa calificación del ingreso como indebido, ya que harían de mejor condición a los no residentes de la UE y penalizar desde luego a las IIC domésticas y a las IIC de la Directiva que soportan un una retención totalmente “debida” como indica el precepto.

Este es el sistema que ha articulado el legislador con el objeto de, tal como indica la exposición de motivos de la ley, favorecer las libertades de circulación de trabajadores, de prestación de servicios y de movimiento de capitales, de acuerdo con el Derecho Comunitario. Con ello se pretende equilibrar el tratamiento entre unas y otras IIC, las domésticas y las de la Directiva, dotando al sistema de cierto equilibrio para no favorecer ni perjudicar a ninguna al soportar durante el periodo impositivo las retenciones que ha de practicar el pagador por mandato legal a todas y cada una de las IIC con independencia de su residencia y con mayor motivo si la IIC es residente fuera de la UE.

Tal y como señaló el TEAC en su Resolución de 3 de noviembre de 2011 y en numerosas Resoluciones posteriores, no cabe aludir a la existencia de una discriminación prohibida por el Tratado de la UE en la práctica de retenciones a IIC con ocasión del reparto de dividendos, ya que se practica la misma retención a las IIC residentes en España, existiendo además un mecanismo análogo al de las entidades españolas para solicitar la devolución si consideran que la cantidad retenida es superior a la cuota tributaria que les corresponde.

3. NORMATIVA COMUNITARIA

3.1. Tratado de funcionamiento de la Unión Europea

La libre circulación de capitales se consagra en el artículo 63 y sus posibles restricciones se recogen en el artículo 65 del modo siguiente:

“Artículo 63 (antiguo art 56 TCE).

1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.
2. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.”

“Artículo 65 (antiguo art 58 TCE).

1. Lo dispuesto en el artículo 63 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a:
 - a) aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital;
 - b) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública.
2. Las disposiciones del presente capítulo no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con los Tratados.
3. Las medidas y procedimientos a que se hace referencia en los apartados 1 y 2 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.
4. A falta de medidas de aplicación del apartado 3 del artículo 64, la Comisión o, a falta de una decisión de la Comisión dentro de un período de tres meses a partir de la solicitud del Estado miembro interesado, el Consejo, podrá adoptar una decisión que declare que las medidas fiscales restrictivas adoptadas por un Estado miembro con respecto a uno o varios terceros países deben considerarse compatibles con los Tratados en la medida en que las justifique uno de los objetivos de la Unión y sean compatibles con el correcto funcionamiento del mercado interior. El Consejo se pronunciará por unanimidad a instancia de un Estado miembro.”

En los procedimientos instados ante la Administración española de solicitud de devolución de retenciones de IIC de terceros Estados, se alega una discriminación no permitida en los Tratados, solicitando el mismo tratamiento que las IIC amparadas por la Directiva 2009/65/CE y la aplicación del tipo de gravamen del 1 por 100 a las IIC residentes en terceros Estados.

3.2. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Las pretensiones de los contribuyentes no residentes se amparan básicamente en las siguientes Sentencias del Tribunal Justicia de la UE.



Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, asuntos C-338/11 a C347/11

Antecedentes.—Ante el TJUE se plantean peticiones de decisión prejudicial que tienen por objeto la interpretación de los artículos 63 TFUE y 65 TFUE. Dichas peticiones de decisión prejudicial se presentaron en el marco de sendos litigios entre organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (en lo sucesivo, “OICVM”) no residentes y las autoridades fiscales francesas, en relación con la retención en origen practicada sobre los dividendos de origen nacional repartidos a los citados OICVM. En Derecho francés, los OICVM agrupan a las sociedades de inversión de capital variable (SICAV) y los fondos comunes de inversión (FCI). Con arreglo al artículo 208, 1.º bis A del *Code General des Impôts* (Código general tributario francés) las SICAV están exentas del Impuesto sobre Sociedades por los beneficios obtenidos en el marco de su objeto legal. Por lo que se refiere a los FCI, el régimen de copropiedad que les es aplicable las sitúa de pleno derecho fuera del ámbito de aplicación del Impuesto sobre Sociedades.

Sentencia.—Esa diferencia de trato fiscal de los dividendos entre OICVM en función del lugar de su residencia puede disuadir, por una parte, a los OICVM no residentes de realizar inversiones en sociedades establecidas en Francia y, por otra, a los inversores residentes en Francia de adquirir participaciones en OICVM no residentes. En consecuencia, la referida normativa constituye una restricción de la libre circulación de capitales, prohibida en principio por el artículo 63 TFUE. Se ha de examinar, no obstante, si tal restricción de la libre circulación de capitales puede estar justificada con arreglo a las disposiciones del Tratado FUE. A este respecto, es preciso recordar que, conforme al artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), “lo dispuesto en el artículo 63 [TFUE] se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a [...] aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital”. Esta disposición debe interpretarse en sentido estricto, en la medida en que constituye una excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales. Por lo tanto, no puede interpretarse en el sentido de que toda normativa fiscal que distinga entre los contribuyentes en función del lugar en que residen o del Estado miembro en el que invierten sus capitales es automáticamente compatible con el Tratado

En efecto, la excepción prevista en la citada disposición, está limitada a su vez, por el artículo 65 apartado 3 del TFUE, que establece que las disposiciones nacionales a que se refiere dicho apartado 1 no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria, ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal como se define en el artículo 63.

Por lo tanto las diferencias de trato permitidas por el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), deben distinguirse de las discriminaciones prohibidas por el apartado 3 de este artículo. Según reiterada jurisprudencia para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el caso de autos pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o esté justificada por razones imperiosas de interés general.

Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2014, asunto C-190/12

Antecedentes.—Un fondo de inversión norteamericano cuya actividad consiste en adquirir participaciones en sociedades polacas, solicitó en 2010 a la Administración tributaria polaca, la devolución del exceso del Impuesto sobre Sociedades pagado a tipo fijo. Dicho impuesto había gravado en un 15 por 100 los dividendos pagados al fondo por las sociedades establecidas en Polonia. En Polonia la Ley del Impuesto sobre Sociedades establece que los fondos de inversión residentes en Polonia, están exentos del Impuesto. La Administración tributaria desestima la solicitud y el fondo interpuso recurso ante el tribunal de lo contencioso administrativo de Polonia. Este se dirige al Tribunal de Justicia para que se dilucide si el Derecho de la Unión se opone a una normativa fiscal nacional, en virtud de la cual los dividendos pagados por sociedades establecidas en un Polonia a un fondo de inversión situado en un Estado Tercero no pueden gozar de exención fiscal.

Sentencia.—El apartado 57 de la Sentencia se pronuncia en idénticos términos que los párrafos transcritos de la Sentencia anterior y el apartado 105 concluye que 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 conven-

cional de asistencia administrativa mutua que permita a las autoridades tributarias nacionales comprobar la información remitida en su caso por el fondo de inversión. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente en el asunto principal, examinar si el mecanismo de intercambio de información previsto en esa relación de cooperación, permite efectivamente que las autoridades tributarias polacas comprueben en su caso la información proporcionada por los fondos de inversión establecidos en el territorio de los Estados Unidos de América sobre los requisitos relativos a la creación y el desarrollo de sus actividades, con el fin de determinar si operan en un marco normativo equivalente al de la UE.

Respecto a la aplicación de esta jurisprudencia comunitaria en los procedimientos tributarios instados ante la Administración tributaria española y por lo que se refiere a si las retenciones practicadas fueron indebidas o debidas en su origen, es decir, si las devoluciones deben de tramitarse como un procedimiento de devolución de ingresos indebidos, o bien una devolución derivada de la normativa del impuesto, hay que señalar una diferencia fundamental entre las legislaciones francesa y polaca (legislaciones controvertidas ante el TJUE en los procedimientos en los que se dictaron las Sentencias anteriores) y la legislación española. Esta diferencia radica en que en esas legislaciones, las IIC residentes están exentas del impuesto y además no existe respecto a las rentas satisfechas obligación de practicar retención. No obstante en la legislación española las IIC residentes, si están sujetas a retención y posteriormente son merecedoras de la aplicación de un tipo de gravamen del 1 por 100 cuando se cumplen los requisitos previstos legalmente. Por lo tanto, a la hora de aplicar esta jurisprudencia comunitaria, esta diferencia fundamental debe de tenerse en cuenta a la hora de efectuar la comparabilidad entre las IIC no residentes y las instituciones de inversión colectiva residentes en territorio español.

4. RESOLUCIONES Y SENTENCIAS NACIONALES

Se recogen a continuación las Sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales españoles más recientes.

4.1. Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta de 7 de septiembre de 2016. Recurso número 1012-2013

Acto inicial de la Administración que dio origen a las impugnaciones en la vía administrativa y posteriormente en la contencioso-administrativa: Desestimación expresa de la solicitud de devolución de retenciones del IRNR de un Fondo de Inversión residente en Estados Unidos correspondientes al 2006. (Modelo 215 de IT 2016.)

La Sentencia desestima las pretensiones del demandante y concluye:

- 1) No se aprecia que haya sufrido indefensión la entidad actora por la tramitación del procedimiento de verificación de datos. Es de aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Segunda, Sala Tercera de 6 de junio de 2014, que señala que no basta con que exista una indefensión formal, sino que la indefensión tiene que ser material.
- 2) No se acreditan que se cumplan los requisitos mínimos exigidos por la legislación española para encontrarse en una situación comparable a los fondos de inversión españoles
- 3) El informe del perito aportado es una valoración jurídica de que el fondo cumple las condiciones para ser comparable, sin embargo, esa valoración corresponde a la Sala en virtud de las reales pruebas aportadas que en este caso no se aportan.
- 4) No existía un marco jurídico aplicable para que las autoridades españolas pudiesen obtener información respecto al cumplimiento por parte de los fondos de los Estados Unidos de los requisitos mínimos exigidos para ser comparables con los fondos españoles.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta de 15 de febrero de 2016. Recurso número 1165-2013

Acto inicial de la Administración que dio origen a las impugnaciones en la vía administrativa y posteriormente en la contencioso-administrativa: Desestimaciones presuntas de las solicitudes de devolución de retenciones por una IIC residentes en Estados Unidos.

La Sentencia desestima las pretensiones del demandante y concluye:

- 1) La recurrente no acredita el cumplimiento de los requisitos de las IIC españolas regulados en la Ley 35/2003, que son el presupuesto de aplicación del tipo del 1 por 100 que establece en la Ley del Impuesto sobre Sociedades para las IIC residentes en España. La carga de la prueba corresponde a la recurrente de acuerdo con el artículo 105 de la LGT.
- 2) El Convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos en su redacción vigente, no contiene los mecanismos suficientes para que las autoridades españolas pudieran obtener información para comprobar el cumplimiento de los requisitos por las IIC no residentes. Dicho Tratado no contiene unas obligaciones de información similares a las existentes entre los Estados miembros de la Unión (y por analogía entre ellos y los Estados del EEE). Se señala que el Protocolo para modificar dicho Convenio hecho en Madrid el 14 de enero de 2013, aún no ha pasado a formar parte del ordenamiento jurídico español por lo que difícilmente puede basarse sobre él una argumentación encaminada a acreditar que el Convenio contiene unos mecanismos de información suficiente.
- 3) Respecto a la solicitud de aplicación subsidiaria de la deducción para evitar la doble imposición interna, alega la recurrente que no es necesario establecer la comparabilidad de la demandante con un fondo de inversión español. No obstante es criterio de la Sala (en aplicación de Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2013 y Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-562/07) que es preciso también analizar la comparabilidad de la sociedad residente y de la no residente. Resulta evidente que a la recurrente se le ha aplicado un tipo del 15 por 100, mientras que a una residente en España de similares características se aplicaría el tipo general del 35 por 100. Como no queda probado que la recurrente reúna los requisitos de la Ley 35/2003, a una entidad residente que no cumpliera esos requisitos, se le aplicaría el tipo de gravamen del 35 por 100 y si sobre ese indicado tipo de gravamen se aplica una deducción del 50 por 100, resultaría un porcentaje del 17,5 por 100, es decir, resultaría una tributación superior a la residente en España, al aplicarse el 17,5 por 100 en lugar del 15 por 100 aplicado a la recurrente en virtud del Convenio.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta de 7 de julio de 2015. Recurso número 1009-2013

Acto inicial de la Administración que dio origen a las impugnaciones en la vía administrativa y posteriormente en la contencioso-administrativa: Desestimaciones expresas de las solicitudes de devolución de retenciones por una IIC residente en Estados Unidos correspondiente al ejercicio 2006

La Sentencia desestima las pretensiones del demandante y concluye:

- 1) La entidad recurrente no ha probado el requisito de existencia de situaciones objetivamente comparables.
- 2) Tampoco se cumple la exigencia jurisprudencial relativa a la existencia de una cláusula o instrumento de información fiscal recíproca de España con los Estados Unidos en el momento del devengo del impuesto, que impida que por razones de interés general para evitar el fraude fiscal, se pueda imponer restricciones a la libre circulación de capitales mediante la imposición de un régimen más gravoso a las entidades o instituciones de inversión colectiva que perciben dividendos de fuente española residentes en Estados Unidos que a las que residen en España y perciben dividendos de la misma fuente. No estaba en vigor la nueva redacción dada al artículo 27 del Convenio entre España y Estados Unidos por el Protocolo de 14 de enero de 2013. El intercambio de información se circunscribía en exclusiva al ámbito del convenio y era insuficiente para eludir el tratamiento fiscal diferenciado.
- 3) Las Sentencias dictadas por órganos judiciales internos de otros países, no crean jurisprudencia vinculante para el TSJM.

4.2 Sentencias de la Audiencia Nacional

Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2015. Sala de lo Contencioso Administrativo. Recurso 630/2013

Antecedentes.—Institución de Inversión colectiva residente en Reino Unido, solicita la devolución de las retenciones soportadas respecto a los dividendos pagados por entidades españolas correspondientes a los ejercicios 2004 a 2007 y 2008, instando un procedimiento de devolución de ingresos indebidos y el abono

de los intereses de demora desde que se ingresaron las retenciones por la pagadora de los dividendos. La Administración tributaria española inadmite las solicitudes de devolución de ingresos indebidos por considerar que la retención fue debida, recibiendo estos fondos el mismo tratamiento que las IIC residentes en España en relación a la retención soportada. El TEAC dicta Resolución desestimatoria entendiendo que al no existir discriminación en el momento de la retención, dado que las IIC extranjeras estaban sujetas a idéntico tipo de retención que las residentes en España, la retención practicada fue ajustada a derecho y no constituyó un ingreso indebido. Para el TEAC, la vía adecuada para solicitar la devolución era la presentación de la declaración del Impuesto al tratarse de una devolución derivada de la normativa del impuesto. Esta resolución desestimatoria es recurrida ante la Audiencia Nacional que rechaza los razonamientos del TEAC y considera que el procedimiento de devolución a utilizar es el de devolución de ingresos indebidos con base en los siguientes argumentos:

El ingreso que se produce en aplicación de una norma que el TJUE ha estimado contraria al Derecho comunitario ha de reputarse indebido.

La entidad recurrente no estaba obligada a la presentación de la declaración por virtud del artículo 28.3 del TRLIRNR.

Sólo a partir de la Ley 2/2010 de 1 de marzo que modificó el artículo 14.1.1) del TRLIRNR estamos ante una devolución derivada de la normativa del tributo.

No comparte la autora de este trabajo los argumentos de la Audiencia Nacional por los siguientes motivos que expongo a continuación:

Hay que tener en cuenta las diferencias fundamentales entre las legislaciones polaca y francesa y la legislación española en lo que respecta a la obligación de practicar retención. Las legislaciones polacas y francesas que son las controvertidas ante el TJUE en las Sentencias comentadas anteriormente, no sujetan a retención a los fondos residentes. La legislación española antes y después de la modificación del TRLIRNR, si sujeta a retención a los fondos residentes.

El TJUE se pronuncia en los siguientes términos:

“Según reiterada jurisprudencia para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el caso de autos 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.”

Se pronuncia el TJUE en los términos de “diferencia de trato”. En la legislación española, que es la que debe de tener en cuenta la Audiencia Nacional en sus argumentos jurídicos, no existe diferencia de trato respecto a la obligación de retención entre residentes y no residentes. Por lo tanto el ingreso de la retención, no fue contrario al Derecho comunitario porque no existe una discriminación en la retención entre residentes y no residentes y al no existir discriminación en el momento de la retención, no puede afirmarse que la norma española sea contraria al Derecho comunitario. La norma española era contraria al Derecho comunitario en lo que se refiere a la posibilidad posterior de obtención de devolución de las retenciones, que si existía para las IIC residentes (que presentaban su declaración del Impuesto sobre Sociedades, aplicaban el tipo de gravamen del 1 por 100 y obtenían la devolución del exceso respecto a la retención soportada) y no existía para las no residentes. Esta discriminación fue la que se eliminó con la nueva redacción del artículo 14.1.1) a partir de la modificación introducida en el TRLIRNR por la Ley 2/2010.

Distinta son las legislaciones polaca y francesa que no sujetaban a retención las rentas obtenidas por las IIC residentes en sus territorios respectivos a diferencia de las IIC no residentes. En estos casos, si que existe claramente una diferencia de trato en el momento de la retención y por lo tanto es diferente que el caso español.

El argumento esgrimido por la Audiencia Nacional, es gravemente dañino para las IIC residentes que obtuvieron unas devoluciones sin el abono de intereses de demora desde que se ingresaron por los pagadores de los dividendos las retenciones en el erario público, ya que las retenciones fueron debidas. Es ahora, consecuencia de los argumentos de la Audiencia Nacional, cuando existe una discriminación importante para los residentes.

En relación al otro argumento de la Audiencia Nacional respecto a que la entidad recurrente no estaba obligada a la presentación de la declaración en virtud del artículo 28.3 del TRLIRNR, se reproduce en primer lugar el citado artículo que dice:

“Artículo 28.

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, salvo en el caso de ganancias patrimoniales derivadas del reembolso de participaciones en fondos de inversión regulados en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, cuando la retención practicada haya resultado inferior a la cuota tributaria calculada conforme a lo previsto en los artículos 24 y 25 de esta Ley.”

En opinión de la autora de este trabajo, lo que dice el artículo es que no se les exigirá la presentación de la declaración del impuesto, no que no pudieran presentarla. En términos similares se pronuncia la Ley del IRPF cuando regula los supuestos en los que no existe obligación de declarar de los contribuyentes residentes personas físicas. Muchos de los contribuyentes, personas físicas, residentes en España, que no tienen obligación de declarar, sin embargo si presentan declaración porque han soportado unas retenciones que exceden de su cuota tributaria y este es el mecanismo que el ordenamiento jurídico les ofrece para la obtención de esta devolución. A ninguna persona física se le ha ocurrido, pedir una solicitud de devolución de las retenciones ingresadas por los pagadores de las rentas obtenidas, por considerar que esas retenciones fueron indebidas. Debe utilizarse y se utiliza el mecanismo previsto por el ordenamiento jurídico que es el de la presentación de la declaración de IRPF.

Además hay que tener en cuenta que las IIC, son entidades que se mueven en un mundo altamente profesionalizado, con personal altamente cualificado y donde se manejan inversiones de importe muy elevado. No puede suponer para estos profesionales altamente cualificados un problema tener que presentar una declaración para la obtención de la devolución de las retenciones soportadas en exceso.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2015. Sala de lo Contencioso Administrativo. Recurso 12/2013

La Audiencia Nacional se pronuncia respecto a supuestos que son prácticamente idénticos a los de la Sentencia anterior, con los mismos argumentos jurídicos.

Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2015. Sala de lo Contencioso Administrativo. Recurso 14/2013

La Audiencia Nacional se pronuncia respecto a supuestos que son prácticamente idénticos a los de la Sentencia anterior, con los mismos argumentos jurídicos.

Se han recogido en el último apartado de este trabajo los pronunciamientos jurisdiccionales más recientes pero son múltiples los procedimientos abiertos en el Tribunal Económico Administrativo Central y en la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa por lo que es de esperar que en los próximos meses, se vayan dictando Resoluciones y Sentencias que irán dilucidando la actual complejidad del asunto tratado en este trabajo.

