

José Azqueta, Yi Zhou y Juan Puertas

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2023: La normativa española sobre Impuesto sobre la Renta de No Residentes infringe la libertad de circulación de capitales, al prever un tratamiento fiscal diferenciado no justificado entre Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes y las Instituciones de Inversión Colectiva residentes

El Tribunal Supremo (TS), en su sentencia de 5 de abril de 2023, concluye que la normativa española infringe la libertad de circulación de capitales consagrada en el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ya que establece un tratamiento diferenciado no justificado entre Fondos de Inversión Libres (FIL) residentes y no residentes en situaciones comparables. Así, mientras que la normativa española prevé una tributación del 1% para los FIL residentes, los FIL no residentes tributan al tipo impositivo del 19% al recibir rentas consistentes en dividendos de sociedades residentes.

La recurrente, un FIL residente en Francia, solicitó mediante la presentación del modelo 210 la devolución de la cantidad retenida a cuenta del IRNR sobre los dividendos obtenidos por su inversión en acciones cotizadas españolas, al entender que la aplicación de la retención del 15% establecida en el Convenio de doble imposición entre España y Francia constituía una restricción a la libre circulación de capitales, ya que los fondos de inversión residentes en España con características similares tributan al 1% en el Impuesto sobre Sociedades, por lo que solicitaba la devolución de la diferencia.

La cuestión fundamental para la resolución del litigio consistía en dilucidar si la legislación fiscal española dispensa a los FIL un tratamiento fiscal diferente atendiendo a la condición de ser residentes o no en España y, en caso de existir este diferente trato fiscal, si con ello se vulnera la libertad de circulación de capitales que proclama el art. 63 TFUE.

Analizada la normativa española vigente, el TS concluye que la misma es discriminatoria para los FIL no residentes y la diferencia de trato prevista en la normativa española no está amparada por ninguna justificación válida. Por ello, en el caso de que un FIL no residente presente características comparables a un FIL residente, se le deberá aplicar el mismo tratamiento fiscal de los FIL residentes.

Dicho análisis de comparabilidad debe realizarse sobre la base de los elementos esenciales considerados por el legislador español para otorgar el tratamiento fiscal más beneficioso a los FIL residentes, siendo los elementos concretos que deben tomarse en consideración a efectos del análisis de comparabilidad los siguientes:

- (i) Que se trate de entidades abiertas, es decir, entidades que capten las aportaciones de capital del público en general. A estos efectos, no resulta relevante que se limite el acceso a determinados inversores profesionales o cualificados;
- (ii) Que cuenten con autorización vigente de funcionamiento en su país de origen o residencia, expedido por la autoridad competente para el control y supervisión de las Instituciones de Inversión Colectiva; y
- (iii) Que acrediten que están gestionados por una entidad, autorizada a su vez en su país de origen o residencia, como Gestor de Fondos de Inversión Alternativa (GFIA), en los términos de la Directiva 2011/61/UE que homogeneiza el régimen de los gestores de los FIA.

La carga de la prueba del cumplimiento de los elementos anteriores será a cargo del FIL no residente, si bien en ausencia de una normativa nacional española que determine los concretos medios de prueba que debe aportar, no pueden ser requeridos medios de prueba o certificados que sean absolutamente conformes con los que se exigirían a los FIL residentes en España o que resulten desproporcionados o extraordinariamente difíciles de conseguir. Asimismo, la autoridad administrativa española, cuando dude motivadamente del satisfactorio grado de acreditación, deberá utilizar activamente las facultades de obtención de información de que disponga en virtud del Convenio sobre Doble Imposición o instrumento convencional análogo suscrito con el país de origen o residencia del FIL no residente, así como los mecanismos de intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad existentes en el Derecho de la Unión Europea, en particular la Directiva 2011/61/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

Por otro lado, el TS considera que los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales producida en la legislación nacional pueden quedarse neutralizados si el Convenio de Doble Imposición permite que el impuesto retenido en España pueda deducirse del impuesto debido en el otro Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional.

En el caso enjuiciado, y una vez examinado los elementos de comparabilidad aportados por el FIL no residente, el TS concluye que este reúne todas las condiciones para asimilarse a un FIL residente que tributa al 1% en el Impuesto sobre Sociedades. En este sentido, ha acreditado que:

- Se trata de un Fondo de Inversión Libre o alternativo constituido en Francia con arreglo a la legislación de dicho Estado.
- Dispone de autorización de constitución y funcionamiento vigente otorgada por la autoridad francesa competente, que es la Autorité des Marchés Financiers (AM), organismo de control francés equivalente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- Constituye un patrimonio separado, que capta el capital del público en general, sin restricciones subjetivas ajenas al grado de profesionalización o cualificación de conocimientos de los inversores o a un determinado límite mínimo de la inversión que ponga de manifiesto esta cualificación.
- Cuenta con número superior a 100 partícipes, si bien la legislación francesa no impone tal requisito mínimo, y que su capital en el periodo considerado es superior a 3.000.000 euros, aunque tampoco el capital mínimo requerido por la legislación francesa es menor, según certificados emitidos por la entidad gestora del fondo.
- Está gestionada por una entidad acreditada como GFIA, que a su vez está autorizada en su estado de residencia, Francia, conforme a la Directiva 2011/61/UE que homogeneiza el régimen de los gestores de los FIA.
- Por último, el FIL recurrente ha acreditado que no está sometido en Francia al impuesto de sociedades y que no le resulta posible neutralizar los efectos de la imposición a que se ha sido sometido en España en su tributación en el país de residencia, Francia, ya que no puede deducirse los impuestos que, mediante la retención definitiva que le ha sido practicada conforme al IRNR, ha satisfecho en España.

En consecuencia, al haber acreditado que cumple todas las condiciones para ser considerado en una situación comparable a la de los FIL residentes en España que tributan a un tipo de Impuesto de Sociedades del 1%, es necesario la restitución del exceso de gravamen entre el 1% que soportaría por el mismo hecho imponible un FIL comparable residente en España, y el 15% que ha soportado el FIL no residente.

CONTACTOS



José Azqueta
Socio de Fiscal

jazqueta@perezllorca.com
T. +34 91 423 67 44



Josefina García Pedroviejo
Socia de Servicios Financieros y Fondos de Inversión

jgarciapedroviejo@perezllorca.com
T: +34 91 389 01 09

www.perezllorca.com | Madrid | Barcelona | London | New York | Brussels | Singapore

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico.

Este documento ha sido elaborado el 18 de mayo de 2023 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca

