

Los fondos de pensiones no comunitarios pueden solicitar la devolución de las retenciones por los dividendos de sus inversiones en España

Pilar Álvarez Barbeito

Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de La Coruña
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Eduardo Martínez-Matosas Ruiz de Alda

Socio del Área de Fiscal
de Gómez-Acebo & Pombo

Luis Cuesta Cuesta

Asociado senior del Área de Fiscal
de Gómez-Acebo & Pombo

El Tribunal Supremo confirma que los fondos de pensiones no comunitarios pueden solicitar la devolución de las retenciones soportadas por los dividendos de sus inversiones en España.

El Tribunal Supremo, en tres recientes sentencias —una de ellas de 17 de diciembre del 2020 y las otras dos de 22 de diciembre del mismo año—, lleva a cabo un análisis de comparabilidad entre los fondos de pensiones canadienses y los residentes en España a efectos de determinar si procede la devolución de las retenciones practicadas sobre los dividendos obtenidos por dichas instituciones en territorio español. Se deniega tal devolución en los tres casos por sendas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En la Sentencia de 17 de diciembre del 2020 —a la que expresamente, por unidad de doctrina y seguridad jurídica, se remiten los citados fallos de 22 de diciembre— el alto tribunal resuelve en casación el recurso interpuesto por Teachers Pension Plan, un fondo de pensiones canadiense —representado por Gómez-Acebo & Pombo— que pretende, en el contexto del impuesto sobre la renta de los no residentes, la devolución de la cantidad retenida sobre los dividendos

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

obtenidos de acciones cotizadas españolas, sobre la base de un trato discriminatorio restrictivo de la libre circulación de capitales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En defensa de su pretensión, el fondo recurrente entiende que la aplicación de la retención del 15 % establecida en el convenio de doble imposición hispano-canadiense es discriminatoria con respecto a la situación de los fondos de pensiones españoles de análogas características, que tributan al 0 % por dichos dividendos en el impuesto sobre sociedades. En el 2011 se dio acceso a este tratamiento fiscal (al 0 %) a los fondos de pensiones residentes en la Unión Europea, pero quedaron excluidos los no comunitarios.

Pues bien, en ese contexto, el Tribunal Supremo resuelve la cuestión apoyándose en los argumentos esgrimidos en su Sentencia de 13 de noviembre del 2019 (rec. núm. 3023/2018), fallo que ahora reproduce y en el cual el alto tribunal avaló las pretensiones —similares a las analizadas en los tres fallos citados— planteadas entonces por un fondo de inversión colectiva estadounidense, al que se le reconoció el derecho a solicitar y obtener el exceso de retención que se le había practicado, con sus correspondientes intereses de demora¹.

En la misma línea, como decimos, el alto tribunal ha respondido ahora a las cuestiones que, en términos análogos, se han planteado también como aspectos de interés casacional tanto en la sentencia del día 17 como en las del 22 de diciembre.

Así, en primer lugar, por lo que atañe al análisis de comparabilidad entre los fondos de pensiones residentes en Canadá y los fondos de pensiones residentes en España —necesario para determinar si el diferente tratamiento tributario de los dividendos percibidos de sociedades residentes en España supone o no una restricción a la libre circulación de capitales, como argumentaba la parte recurrente—, el tribunal entiende que dicho análisis debe realizarse conforme a la legislación española de fuente interna sobre fondos de pensiones.

En ese sentido, se advierte que la normativa vigente en el ejercicio litigioso —el 2007— no estipulaba excepción alguna para los dividendos obtenidos por fondos de pensiones no residentes, mientras que los residentes tributaban, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29.6 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, al tipo impositivo del 0 %. Por tanto —señala el tribunal—, de aplicarse tal excepción, se estaría haciendo única y exclusivamente por razón de residencia, sin realizar análisis de comparabilidad alguno que, además, y siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en particular, la reciente Sentencia de 13 de noviembre del 2019 —C-641/17—, *College Pension Plan of British Columbia vs. Finanzamt München III*), debe hacerse teniendo en cuenta que la existencia de situaciones objetivamente comparables no requiere que se trate de situaciones idénticas, siendo suficiente con que sean similares o equivalentes.

¹ Nos remitimos, en este punto, al *Análisis GA_P* redactado sobre la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre del 2019 que se puede ver en el enlace <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2020/01/Retenci%C3%B3n-sobre-los-dividendos-obtenidos-en-Espa%C3%B1a-1.pdf> y al artículo publicado en *Bloomberg Tax*, revista especializada en fiscalidad internacional, que se puede consultar en <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/spanish-supreme-court-rules-in-favor-of-spanish-dividend-withholding-tax-refund?context=search&index=1>.

A esos efectos, el fondo de pensiones aportó documentación referida al funcionamiento y estructura de los planes y fondos de pensiones de Canadá y a las normas reguladoras del fondo, incorporando una certificación exigida a los fondos de pensiones residentes en Estados de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo por el artículo 7 de la Orden HAC/3623/2003, de 23 de diciembre, que regulaba las condiciones de presentación del modelo de declaración colectiva (núm. 215) utilizada por la recurrente para solicitar las devoluciones objeto de controversia. Sin negar la validez de tal documentación, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid la consideró insuficiente para acreditar la equivalencia del fondo canadiense con los españoles.

No obstante, y teniendo en cuenta que ni dicha orden ni ninguna otra norma preveía los medios que servirían para acreditar, en su caso, la referida equivalencia o similitud —aspectos que sí se regularon tras la reforma que la Ley 2/2010 efectuó del artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes—, el tribunal dirime, como segunda cuestión con interés casacional, si la cláusula de intercambio de información prevista en el artículo 26 del convenio de doble imposición hispano-canadiense era un mecanismo suficiente para obtener información sobre los referidos fondos.

Pues bien, teniendo en cuenta que, ante una situación de vacío normativo como la señalada, cualquier exigencia formal requerida no puede ser de tal entidad que impida u obstaculice gravemente la obtención del beneficio que legítimamente pudiera corresponder al interesado, ya que ello supondría una vulneración del principio de libre circulación de capitales —tal y como apuntaba la Sentencia de 13 de noviembre del 2019 respecto al fondo de inversión estadounidense—, el Tribunal Supremo resuelve ahora la referida cuestión también en sentido afirmativo. Así, entiende que dicha cláusula de intercambio de información permitía efectivamente a las autoridades fiscales españolas solicitar a las canadienses la información necesaria para determinar la equivalencia entre el fondo de pensiones recurrente y los españoles, extremo que lo ha llevado a concluir que los fondos canadienses se hallan exentos de tributación por los dividendos percibidos de entidades españolas.

Esta doctrina del Tribunal Supremo, al igual que la fijada en relación con los fondos de inversión estadounidenses, abre la posibilidad de solicitar la devolución de ingresos tributarios indebidos por parte de fondos de pensiones de países terceros (extracomunitarios), siempre y cuando se acrediten los condicionantes de comparabilidad e intercambio de información. Adicionalmente, esta doctrina también servirá para agilizar los diferentes procedimientos de devolución de ingresos indebidos de planes de pensiones no comunitarios que están abiertos actualmente ante la Administración tributaria y los tribunales.