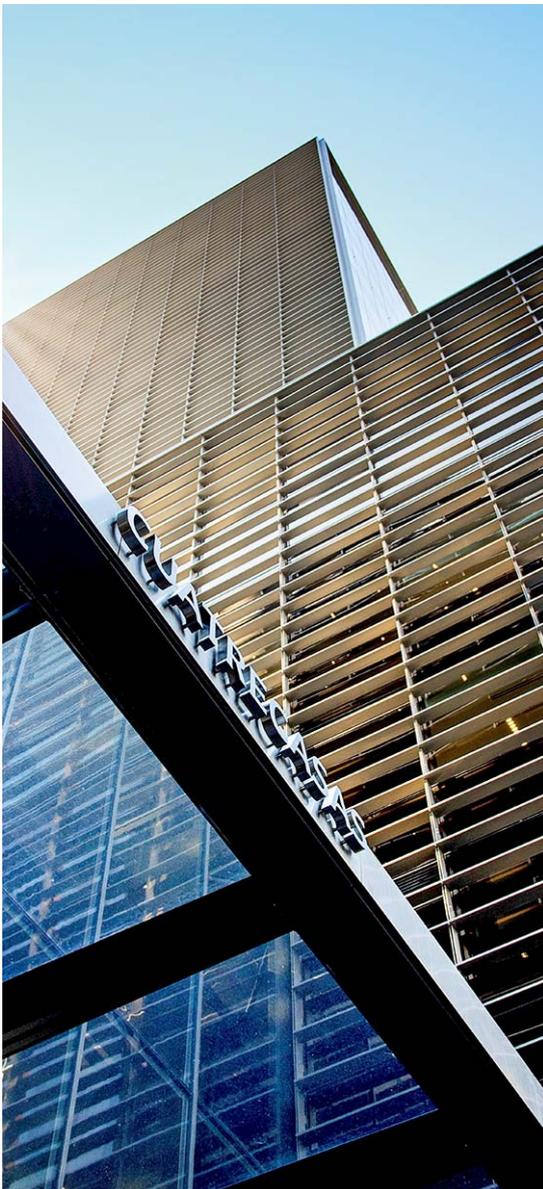


---

# FIN A LA DISCRIMINACIÓN FISCAL DE LOS FONDOS NO RESIDENTES

**El Tribunal Supremo declara la norma española contraria a la libertad de circulación de capitales**

España - Legal flash  
11 de mayo de 2023



---

## Aspectos clave

- Esta sentencia, dictada el 25 de abril de 2023 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (recurso de casación 8494/2021) y obtenida bajo la dirección letrada de CUATRECASAS pone fin a la discriminación de los fondos de inversión libre (FIL) establecidos en la UE.
- Los FIL residentes están gravados al 1%, mientras que los FIL residentes en otros Estados soportan una retención del 19% (o al tipo más reducido que resulte, en su caso, en aplicación del convenio para evitar la doble imposición pertinente) al percibir dividendos de las entidades españolas en las que invierten.
- El Tribunal Supremo ha señalado cuáles son los criterios para acreditar que los FIL no residentes son comparables (que no idénticos) a los FIL residentes.



---

## Contenido y alcance de la sentencia

El supuesto de hecho analizado en esta sentencia del Tribunal Supremo trae causa de la solicitud de devolución de las retenciones efectuadas por parte de diversos FIL (también conocidos como *hedge funds*) residentes en Alemania y no armonizados conforme a la Directiva 2009/65/CE.

Dichos FIL alemanes no armonizados habían fundado sus solicitudes de devolución en que la normativa del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) suponía una discriminación fiscal contraria a la libre circulación de capitales proclamada en el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ya que la normativa fiscal española dispensa un tratamiento fiscal distinto a los FIL residentes y a los no residentes, pese a ser esencialmente comparables.

Tras ser denegadas las solicitudes de devolución en vía administrativa (AEAT) y económico-administrativa (TEAC), la Audiencia Nacional concluyó que los FIL demandantes superaron el análisis de comparabilidad, bien porque aportaron documentación suficiente, valorada desde la perspectiva de la legislación alemana, bien porque, si no era suficiente, el TEAC debió establecer cuál sería la documentación idónea para los fines pretendidos, teniendo en cuenta que al no ser un fondo armonizado no le sería exigible el certificado oficial acreditativo del cumplimiento de las condiciones recogidas en la Directiva 2009/65/CE.

Tras el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado, finalmente el Tribunal Supremo ha zanjado el debate y en su sentencia concluye que la normativa fiscal española infringe la libre circulación de capitales al establecer un tratamiento diferenciado no justificado entre FIL residentes y no residentes en situaciones comparables.

El Tribunal Supremo destaca que se produce una infracción originaria del Derecho de la Unión Europea al imponer como elemento diferenciador del tratamiento tributario la residencia en España, debiendo ser eliminada dicha discriminación cuando el FIL no residente sea comparable a los FIL residentes en España.

A estos efectos, el Tribunal Supremo considera que los criterios de comparabilidad exigidos tradicionalmente por la administración tributaria española y que esencialmente eran una transcripción de la normativa regulatoria española ni son aplicables ni son relevantes para los FIL no residentes. Considera el Tribunal Supremo que los FIL no residentes serán comparables por el mero hecho de ser un FIL y, por tanto, quedarán gravados al tipo impositivo del 1%, cuando cumplan los siguientes requisitos:

- (i) Que se trate de entidades “abiertas” entendidas como aquellas que capten recursos del público en general, sin que puedan tener tal consideración aquellas entidades que por ejemplo limiten el acceso a patrimonios familiares o personales.
- (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 estar gestionados por una entidad autorizada a operar como Gestor de Fondos de Inversión Alternativa en los términos de la Directiva 2011/61/UE.

La carga de la prueba del cumplimiento de tales requisitos corresponde al FIL no residente, si bien el Tribunal Supremo señala que, ante la ausencia de una norma española que determine los concretos medios de prueba que se deben aportar, no pueden ser requeridos medios de prueba o certificados que sean idénticos a los exigidos a los FIL residentes o que resulten desproporcionados o extraordinariamente difíciles de conseguir.

Asimismo, el Tribunal Supremo establece que cuando las autoridades fiscales españolas duden del satisfactorio grado de acreditación de la comparabilidad deberán hacer uso de los mecanismos internacionales de intercambio de información que se encuentren a su alcance. De no hacerlo así deberá ser prueba suficiente aquella que hubiera sido aportada por el FIL no residente y que de manera seria y rigurosa acredite todos y cada uno de los elementos de la comparabilidad.

En definitiva, este pronunciamiento -que se une a la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el 5 de abril de 2023 (recurso de casación 7260/2021), a la que se remiten a su vez otras tres sentencias de 11 de abril de 2023 (recursos de casación 7123/2021, 7127/2021 y 8220/2021)- alberga una enorme relevancia y constituye una auténtica salvaguarda del derecho de las instituciones de inversión colectiva no residentes a no ser discriminadas y, por ende, a recibir un tratamiento fiscal semejante al que reciben los FIL españoles comparables.

---

Para obtener información adicional sobre el contenido de este documento puede enviar un mensaje a nuestro equipo del [Área de Conocimiento e Innovación](#) o dirigirse a su contacto habitual en Cuatrecasas.

©2023 CUATRECASAS

Todos los derechos reservados.

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborado por Cuatrecasas. La información o comentarios que se incluyen en el mismo no constituyen asesoramiento jurídico alguno.

Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Cuatrecasas. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, sin la previa autorización de Cuatrecasas.

