



FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE COMILLAS ICAI-ICADE

Posible Discriminación de los Fondos No Residentes, consecuencia de la libre circulación de capitales.

Autor: Pedro Rubio del Pozo

5º E3 – Analytics

Área de Derecho Tributario

Tutor: Prof. Dr. Ramón Casero Barrón

Madrid

Febrero 2025

Posible Discriminación de los Fondos No Residentes, consecuencia de la libre circulación de capitales.



RESUMEN

Para llevar a cabo este trabajo de manera exhaustiva, se han analizado más de doscientas sentencias de la Audiencia Nacional, Tribunal Supremo y Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en las que se identifican diversos Fondos de Inversión procedentes de países como Alemania, Reino Unido, Estados Unidos y Francia, entre otros. En muchos de estos casos, los órganos judiciales desestimaron las pretensiones de estos Fondos No Residentes, argumentando que no eran comparables con los Fondos Residentes españoles y, por lo tanto, debían tributar a un tipo impositivo superior al de estos últimos. Esta decisión se sustentó principalmente en el artículo 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que permite otorgar un trato diferente a contribuyentes distintos, siempre que las diferencias de trato fiscal se basen en distinciones objetivas entre entidades residentes y no residentes.

La cuestión no se limita a determinar si existe una discriminación hacia los Fondos No Residentes, sino que, como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 454/2023 de 5 de abril de 2023, Rec. 7260/2021, la clave radica en analizar si la propia legislación española en la que se apoya la actuación administrativa impugnada otorga un trato fiscal diferente a los Fondos de Inversión Libre (o Fondos de Inversión no armonizados) debido a su condición de residentes o no residentes en España. Si tal diferencia de trato existe, debe determinarse si constituye una vulneración de la libertad de circulación de capitales consagrada en el artículo 63 TFUE o *si ese distinto tratamiento de justifica en la legislación española por alguna razón imperiosa de interés general, en los términos del art 65 TFUE, en relación al art 63 TFUE*¹.

Para abordar esta cuestión, se analizará, entre otros aspectos, la jurisprudencia más relevante sobre la Discriminación de los Fondos No Residentes no armonizados, la naturaleza jurídica de estos fondos, la legislación española y las legislaciones del derecho comparado. Finalmente se presentará una conclusión fundamentada que justifique mi opinión sobre el tema.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 454/2023, de 5 de abril de 2023, Rec. 7260/2021 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ\2023\3221, Fundamento Jurídico Cuarto]. Fecha de la última consulta: 8 de diciembre de 2024.

ABSTRACT

In order to carry out this work in an exhaustive manner, I have analyzed more than two hundred judgments of the Audiencia Nacional, the Supreme Court and the Court of Justice of the European Union, in which various Investment Funds from countries such as Germany, the United Kingdom, the United States and France, among others, are identified. In many of these cases, the courts rejected the claims of these Non-Resident Funds, arguing that they were not comparable to Spanish Resident Funds and should therefore be taxed at a higher rate than the latter. This decision was mainly based on Article 65 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which allows different treatment of different taxpayers, provided that the differences in tax treatment are based on objective distinctions between resident and non-resident entities.

The question is not limited to determining whether there is discrimination against Non-Resident Funds, but rather, as highlighted in the Judgment of the Supreme Court, Third Chamber, Contentious-Administrative, 2nd Section, Judgment 454/2023 of 5 April 2023, Rec. 7260/2021, the key lies in analyzing whether the Spanish legislation on which the contested administrative action is based grants different tax treatment to hedge funds (or non-harmonized investment funds) due to their status as residents or non-residents in Spain. If such a difference in treatment exists, it must be determined whether it constitutes an infringement of the freedom of movement of capital enshrined in Article 63 TFEU or *whether such different treatment is justified under Spanish law by an overriding reason relating to the public interest, in the terms of Article 65 TFEU, in conjunction with Article 63 TFEU.*

In order to address this question, we will analyze, among other aspects, the most relevant case law on the Discrimination of Non-Resident Non-Harmonized Funds, the legal nature of these funds, as well as their treatment both in Spanish legislation and in comparative law. Finally, a reasonable conclusion will be presented to justify my opinion on the subject.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	6
1. INTRODUCCIÓN	8
1.1 Examen de los Conceptos Relevantes	8
2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA	12
2.1 Concepto	12
2.2 Formas jurídicas	13
2.2.1. <i>Fondos de Inversión</i>	13
2.2.2. <i>Sociedades de Inversión</i>	15
2.3 Carácter financiero o no financiero	16
2.3.1. <i>La Directiva 2009/65/CE</i>	16
2.3.2. <i>Instituciones de Inversión Colectiva de carácter financiero</i>	19
2.3.3. <i>Instituciones de Inversión Colectiva de carácter no financiero</i>	22
3. NORMATIVA COMUNITARIA	24
4. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA DISCRIMINACIÓN DE FONDOS NO RESIDENTES	31
4.1. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 30 de Jul. 2021, Rec. 709/2019.	32
4.1.1. <i>Comparabilidad del Fondo No Residente</i>	34
4.1.2. <i>Neutralización de la discriminación.</i>	39
4.2 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 454/2023 de 5 Abr. 2023, Rec. 7260/2021. 42	
4.2.1. <i>Existencia de un trato discriminatorio en la normativa nacional.</i>	43
4.2.2 <i>Análisis de comparabilidad</i>	46
4.2.3 <i>Neutralización de la restricción</i>	49
5. CONCLUSIONES	51
6. BIBLIOGRAFÍA	52

LISTADO DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CDI	Convenio para evitar la Doble Imposición
Ccom	Código de Comercio
DCGC	Delegación Central de Grandes Contribuyentes
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española
FIL	Fondos de Inversión Libre
FII	Fondos de Inversión Inmobiliaria
IIC	Institución de Inversión Colectiva
IICIICIL	Fondos de Fondos de Inversión Libre
IS	Impuesto sobre Sociedades
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LIIC	Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva
LIRNR	Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes
LIS	Ley de Impuesto sobre Sociedades
OICVM	Organismos de Inversión Colectiva en valores mobiliarios
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 30 de Jul. 2021, Rec. 709/2019.
SGIIC	Sociedad Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva
SII	Sociedades de Inversión Inmobiliaria
SIL	Sociedades de Inversión Libre
STS	Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 454/2023 de 5 Abr. 2023, Rec. 7260/2021.
TEAC	Tribunal Económico Administrativo Central
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJCE

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este trabajo es analizar la posible discriminación que pueden estar sufriendo los Fondos No Residentes no armonizados en territorio español, como consecuencia de la falta de libertad en la circulación de capitales. Pese a la aparente simpleza de la frase anterior, resulta del todo necesario desglosarla con el objetivo de analizar los términos más relevantes que conforman su significado.

1.1 Examen de los Conceptos Relevantes

-Posible: Este término pone en duda las afirmaciones hechas por parte de los diferentes órganos administrativos que se han pronunciado sobre la cuestión objeto de estudio de este trabajo, pues el objetivo principal de este último es analizar todo lo relacionado con dicha cuestión (naturaleza, jurisprudencia, derecho comparado...), para así poder llegar a una conclusión fundamentada en argumentos sólidos sobre la existencia real o no de dicha discriminación.

-Discriminación: El Diccionario de la Real Academia Española (en adelante, DRAE) define el término discriminar como “*Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física o mental, etc*”². Sin embargo, en este contexto, el concepto de persona no resulta aplicable, dado que, como es evidente, los Fondos No Residentes no son personas físicas. Distinta podría ser la interpretación respecto al concepto de colectividad, definido por el DRAE como el “*Conjunto de personas reunidas o concertadas para un fin*”³. Este término podría encajar con las definiciones de sociedad y comunidad recogidas en los artículos 1665 del Código Civil (en adelante, CC) y 116 del Código de Comercio (en adelante, Ccom), respectivamente.

1665 CC: “La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.”

116 Ccom: “El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro,

² Asale, R.-., Discriminar | Diccionario de la Lengua Española. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario, 2014 (disponible en <https://dle.rae.es/discriminar>.; última consulta 08/12/2024).

³ Asale, R.-., Colectividad | Diccionario de la Lengua Española. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario, 2014 (disponible en <https://dle.rae.es/colectividad>.; última consulta 08/12/2024).

será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código”⁴.

Para evitar más complicaciones, especialmente en relación con la conexión del tema objeto de estudio con el derecho comparado, resulta más eficiente remitirnos al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), específicamente al tenor del artículo 18, que consagra el principio de no discriminación por razón de nacionalidad:

18 TFUE: “En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad”⁵.

Por tanto, en el marco establecido por el TFUE, se prohíbe todo trato desigual basado en la nacionalidad, ya sea respecto a una persona física o jurídica.

-Fondos No Residentes: Dado que la naturaleza jurídica de los Fondos No Residentes es fundamental para este estudio, se analizará detalladamente en un apartado específico. No obstante, es necesario analizar previamente el concepto de residencia.

Como se ha señalado en varias ocasiones, el objetivo de este trabajo es analizar la posible discriminación que pueden estar sufriendo los Fondos No Residentes, consecuencia de la restricción a la libertad en la circulación de capitales. Sin entrar a valorar la naturaleza jurídica de los mismos, pues como se ha mencionado anteriormente, su relevancia justifica un análisis específico en un apartado individual, al referimos a Fondos Residentes (por entenderlo a *sensu contrario*), estamos hablando de aquellos sujetos que tributan por el Impuesto sobre Sociedades en España (en adelante, IS).

La doctrina ha puesto de manifiesto que las entidades mencionadas en el artículo 7.1 Ley 27/2014, de Impuesto sobre Sociedades (en adelante, LIS)⁶ sólo serán sujetos pasivos del IS cuando tengan su residencia en territorio español, quedando en tal caso gravadas por su renta mundial. Si una entidad no es residente en España, las rentas

⁴ Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE 16 de octubre de 1885).

⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 25 de marzo de 1957 (DOUE L 326 de 26 de octubre de 2012).

⁶ Artículo 7. Contribuyentes.

1. Serán contribuyentes del Impuesto, cuando tengan su residencia en territorio español

obtenidas en territorio español tributarán mediante el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, y no por el IS⁷.

En este sentido, es un error asumir que únicamente las entidades establecidas físicamente en España son consideradas residentes fiscales en territorio español. El artículo 8 LIS establece que la residencia en territorio español depende del cumplimiento de al menos uno de los siguientes requisitos:

a) “*Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas.*” Es decir, una sociedad será residente fiscal en España si ha sido constituida bajo la legislación española, independientemente de que su dirección efectiva o domicilio social se encuentren en otro país.

b) “*Que tengan su domicilio social en territorio español.*” Con independencia de que su dirección efectiva esté en otro país, la sociedad será sujeto pasivo del IS en España.

c) “*Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.*” Aunque el domicilio social esté en otro país, la sociedad estará sujeta al IS en España.

El artículo también incluye una cláusula antifraude que establece que: “*La Administración tributaria podrá presumir que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación, según lo previsto en el apartado 2 de la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, o calificado como paraíso fiscal, según lo previsto en el apartado 1 de la referida disposición, tiene su residencia en territorio español cuando sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, o cuando su actividad principal se desarrolle en éste, salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la gestión de valores u otros activos*”⁸.

Por tanto, cuando hablamos de Fondos No Residentes, nos referimos a aquellos patrimonios que cumplan con la naturaleza jurídica de un Fondo de Inversión, pero que no hayan sido constituidas conforme a las leyes españolas, no tengan la dirección efectiva

⁷ Pérez Royo, F. et al., *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, p. 351.

⁸ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de noviembre de 2014)

ni el domicilio social en España, y no estén comprendidas dentro de los supuestos de la cláusula antifraude recogida en la Ley 36/2006.

-Libertad en la circulación de capitales: La Libertad de circulación de capitales se consagra en los artículos 63 y 65 del TFUE, donde se establece que la no discriminación a la libertad en la circulación de capitales busca facilitar la movilidad financiera entre Estados Miembros, sin restringir a estos últimos la posibilidad de tratar de forma diferentes a los inversores residentes de los no residentes. Este aspecto será desarrollado más adelante en el análisis de la normativa comunitaria.

En la sentencia de 2 de junio de 2016, *Pensioenfonds Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402⁹, así como la del 30 de enero de 2020, *Köln-Aktienfonds Deka*, C-156/17, EU:C:2020:51¹⁰, y la de 17 de marzo de 2022, EU:C:2022:193, *AllianzGI-Fonds AEVN*¹¹, se ha señalado que una de las medidas que puede considerarse como una restricción prohibida de los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, es la de disuadir a los Fondos No Residentes de realizar inversiones en un Estado Miembro de la Unión Europea. En este sentido, entendemos la libertad de circulación de capitales, aplicado a este caso, como la capacidad de los Fondos No Residentes para realizar inversiones en un Estado miembro sin verse disuadidos por un tratamiento fiscal que no sea equitativo.

Es imprescindible señalar, a modo de conclusión de este apartado introductorio, que la discriminación que podrían estar experimentando los Fondos No Residentes, vulnerando así la libertad de circulación de capitales consagrada en el artículo 63 del TFUE, radica en que, a nivel nacional, esta surge de la tributación al tipo impositivo del 1% contemplado en la LIS para los Fondos Residentes, en contraste con la tributación aplicada a través del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, que opera mediante el mecanismo de la retención.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 2 de junio de 2016, C-252/2014 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2016\178]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Séptima, de 30 de enero de 2020, C-156/2017 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2020\9]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 17 de marzo de 2022, C-545/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR\2022\106348]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.

Por tanto, una vez analizados los conceptos más relevantes para cumplimentar este trabajo correctamente, el objetivo es analizar si el hecho de exigirles a los Fondos No Residentes no armonizados (concepto que se analizara en adelante con más detalle), una tributación más alta en comparación con los Fondos Residentes aparentemente análogos constituye una discriminación que vulnera el artículo 63 TFUE.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INSTITUCIONES DE INVERSIÓN COLECTIVA

2.1 Concepto

De acuerdo con el artículo 1.1 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC, en adelante), son Instituciones de Inversión Colectiva, *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.*

Aquellas actividades cuyo objeto sea distinto del descrito en el párrafo anterior no tendrán el carácter de inversión colectiva. Asimismo aquellas entidades que no satisfagan los requisitos establecidos en esta ley no podrán constituirse como IIC¹².

El legislador establece un criterio cerrado por el cual cualquier entidad que salga del objeto antes definido, no podrá tener la consideración de Institución de Inversión Colectiva (IIC¹³, en adelante). Además, tampoco podrán constituirse como IIC las entidades que no cumplan con los requisitos establecidos en la Ley.

En línea con lo anterior, los elementos característicos de este tipo de entidades se pueden enunciar de la siguiente manera¹⁴:

1. Su cometido es la captación pública de fondos, teniendo como objetivo atraer dinero, bienes o derechos de los inversores, apelando al ahorro público, mediante la captación de activos aptos para la gestión.

¹² Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE de 5 de noviembre de 2003).

¹³ En el ámbito comunitario se les denomina Organismos de Inversión Colectiva en valores mobiliarios (OICVM, en adelante).

¹⁴ Ribes Ribes, A., “Análisis del régimen fiscal de las Instituciones de Inversión Colectiva y de sus socios o partícipes en el sistema español”, *Crónica Tributaria*, n. 168, 2018, pp. 220-221.

2. Su gestión es colectiva, activa, de carácter profesional y basada en una política de inversiones diversificada y predeterminada en los estatutos de la IIC. Este principio de diversificación arraigado en el propio sentido de la inversión trata de minimizar el riesgo que la mera tenencia de activos puede suponer.

3. La determinación del resultado del inversor en función de los resultados obtenidos colectivamente, es decir, el rendimiento de cada inversor depende del resultado global obtenido por el conjunto de inversiones de la IIC. En otras palabras, no se mide la ganancia o pérdida en función de lo que haga el dinero del inversor, sino que el beneficio o pérdida generado por la IIC se reparte proporcionalmente entre todos los inversores, en función de la cantidad que cada uno aportó.

Aunque no se recoge en el concepto legal, la liquidez y la transparencia son dos elementos esenciales para entender el concepto de las IIC. En cuanto a la primera característica, toda IIC debe contar con suficiente liquidez para garantizar a los inversores la posibilidad de retirar su dinero o vender sus participaciones sin complicaciones. Por otro lado, las IIC deben definir claramente su perfil inversor, proporcionando información clara y suficiente a los inversores, detallando los riesgos, políticas y estrategias.

2.2 Formas jurídicas

El artículo 1.2 LIIC regula las diferentes formas jurídicas que las IIC pueden adoptar. Entre ellas, las IIC pueden revestir la forma de Sociedad de Inversión o Fondo de Inversión.

2.2.1. Fondos de Inversión

Para entender el concepto de esta primera forma jurídica que las entidades de inversión colectiva pueden adoptar, es útil acudir tanto a la ley que la regula como a otras fuentes. De acuerdo con el artículo 3 LIIC, *los fondos de inversión son IIC configuradas como patrimonios separados sin personalidad jurídica, pertenecientes a una pluralidad de inversores, incluidos entre ellos otras IIC, cuya gestión y representación corresponde a una sociedad gestora, que ejerce las facultades de dominio sin ser propietaria del fondo, con el concurso de un depositario, y cuyo objeto es 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.*

Para completar lo anterior, Casas Jurado señala que *los fondos de inversión son el patrimonio, que se encuentra bajo la forma de comunidad de bienes, perteneciente a un conjunto de inversores, cuyo derecho de propiedad se representa mediante la participación que es administrada por una sociedad gestora. Su objetivo principal es la adquisición, tenencia, administración y enajenación de valores mobiliarios y otros activos persiguiendo una rentabilidad cercana o incluso superior a la del mercado. Careciendo de personalidad jurídica propia*¹⁵.

Por tanto, un Fondo de Inversión es un patrimonio sin personalidad jurídica, constituido por las aportaciones de varios inversores o partícipes y que es administrado por una Sociedad gestora de IIC (SGIIC, en adelante), cuyo objetivo principal es la obtención de una rentabilidad.

En línea con lo anterior, como he indicado anteriormente, uno de los elementos característicos de las IIC es la captación pública de fondos provenientes de varios inversores o partícipes, teniendo como objetivo atraer dinero, bienes o derechos de los inversores, apelando al ahorro público, mediante la captación de activos aptos para la gestión. Las aportaciones de los inversores se invierten en activos financieros¹⁶ o en activos no financieros¹⁷, las cuales conforman un patrimonio que se divide en un número de participaciones ilimitadas de iguales características, que tienen el valor de negociables, pero que carecen de valor nominal¹⁸.

Por otro lado, la gestión de los Fondos caracterizada por ser colectiva, activa, de carácter profesional y basada en una política de inversiones diversificada y predeterminada en los estatutos de la IIC, consiste en establecer una serie de objetivos. De acuerdo con Soldevilla García, estos son¹⁹: Ofrecer participaciones que generen una rentabilidad superior a la que obtendría un ahorrador invirtiendo de manera individual, mantener la liquidez de dichas participaciones e invertir en valores que generen riqueza suficiente para satisfacer las expectativas de los partícipes.

¹⁵ Casas Jurado, A.C., *El mercado español de fondos de inversión: Análisis económico-financiero*, Universidad de Granada, Granada, 2003, p. 38.

¹⁶ i.e. bonos, letras, obligaciones, acciones y productos derivados, entre otros.

¹⁷ i.e. obras de arte e inmuebles

¹⁸ Ribes Ribes, A., "Análisis...", *Op.cit.*, p. 221.

¹⁹ Soldevilla García, E., *Los fondos de inversión: Gestión y valoración*, Pirámide, Madrid, 1999, pp. 211-216.

En línea con lo anterior, más allá de establecer objetivos en relación con los Fondos, el autor señala que una función adicional de la gestión será determinar los activos a adquirir, llevando a cabo una previa estimación de los rendimientos que se pretenden obtener. Para ello, el autor señala varios métodos: el *Botton up* y el *Top down*. Mientras que el primero se caracteriza por un análisis de la evolución de los valores de manera individual, el *Top down* se enfoca más en el comportamiento general del mercado²⁰.

Soldevilla dice que *la mejor técnica es la de botton up puesto que es una mezcla de información y experiencia y no se basa en el análisis de títulos individuales*²¹.

2.2.2. Sociedades de Inversión

Ruiz Campo define las Sociedades de Inversión como Sociedades anónimas que cuentan con un consejo de administración y una junta general, cuyos objetivos coinciden con los enumerados en las IIC, captar fondos públicos para invertirlos, siempre y cuando el rendimiento se establezca en función de los resultados colectivos, encomendando la función de gestión a una SGIIC²².

En línea con lo anterior, el artículo 9 LIIC define las Sociedades de Inversión como aquellas IIC que adoptan la forma de sociedad anónima y cuyo objeto social es el descrito en el artículo 1 de esta ley.

De acuerdo con el apartado tres del artículo citado en el párrafo anterior, el capital, que ha de estar íntegramente suscrito y desembolsado desde su constitución, se representará por medio de 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.

Por otro lado, el número de accionistas no podrá ser inferior a 100 al igual que el número de partícipes en un Fondo. Sin embargo, este umbral podrá variar en función de

²⁰ Ribes Ribes, A., “Análisis...”, *Op.cit.*, pp. 228-229

²¹ Ribes Ribes, A., “Análisis...”, *Op.cit.*, p. 229

²² Mendoza Resco, C. y Ruiz Campo, S., *Los fondos de inversión en España: Análisis de la tipología, técnicas de gestión y métodos de inversión*, Universidad Autónoma de Madrid ediciones, Madrid, 2011, p.10.

los activos en los que la Sociedad materialice sus inversiones, la naturaleza de los accionistas o la liquidez de la sociedad.

Además, al igual que sucede con los Fondos, la LIIC indica que se podrán constituir Sociedades de Inversión por compartimentos. Es decir, una Sociedad de Inversión podrá estar constituida por varias subdivisiones que actúan de forma independiente, donde cada una responderá de las obligaciones, gastos y costes que les han sido atribuidas expresamente, así como de los obligaciones, gastos y costes que no hayan sido atribuidos expresamente a un compartimento, en la parte proporcional que se establezca en los estatutos sociales.

2.3 Carácter financiero o no financiero

En el punto anterior se han desarrollado las diferentes formas jurídicas que pueden adoptar las IIC. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 1.3 LIIC, estas entidades también pueden clasificarse atendiendo a otro criterio: si son financieras o no financieras.

Dentro de este criterio, la LIIC en su Título III realiza una profunda y exhaustiva distinción y clasificación de las formas que pueden adoptar las IIC. Debido a la clara diferenciación establecida en la Ley, no considero necesario recurrir a otras fuentes para explicar esta última clasificación. Por lo tanto, seguiré el orden establecido por la propia Ley.

Antes de entrar a examinar la clasificación recogida en la LIIC, resulta del todo necesario llevar a cabo una previa explicación, aunque sea de forma genérica, de la Directiva 2009/65/CE, la cual será del todo relevante en el momento en el que se entre a analizar la jurisprudencia que afecta al caso que nos acontece.

2.3.1. La Directiva 2009/65/CE

La Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, se centra en la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados OICVM en la Unión Europea. Esta directiva tiene como objetivo principal establecer un marco legal para armonizar las normas que rigen los OICVM, facilitando su comercialización y garantizando un alto nivel de protección para los inversores.

Se entenderá por OICVM los organismos²³:

a) cuyo objeto exclusivo sea la inversión colectiva, en valores mobiliarios o en otros activos financieros líquidos a que se refiere el artículo 50, apartado 1, de los capitales obtenidos del público, y cuyo funcionamiento esté sometido al principio de reparto de riesgos, y

b) cuyas participaciones sean, a petición de los partícipes, recompradas o reembolsadas, directa o indirectamente, con cargo a los activos de estos organismos. Se asimilará a tales recompras o reembolsos el hecho de que un OICVM actúe para que el valor de sus participaciones en bolsa no se separe sensiblemente de su valor de inventario neto.

En otras palabras, los OICVM son Fondos de Inversión regulados por la Directiva 2009/65/CE, que ofrecen a los inversores la posibilidad de invertir en una cartera diversificada de activos líquidos, con la opción de retirar su inversión cuando lo necesiten.

En línea con lo anterior, el principio de reparto de riesgos al que se hace referencia en la definición anterior es equivalente al principio de diversificación, arraigado en el propio sentido de la inversión de las IIC, mencionado en el punto 2.1 de este trabajo. Este principio busca minimizar el riesgo inherente a la mera tenencia de activos mediante la diversificación de las inversiones.

Por tanto, la Directiva 2009/65/CE busca armonizar las normativas de los Fondos de Inversión en los Estados Miembros de la UE para promover la transparencia, la seguridad y la eficiencia en el mercado financiero.

Una vez analizada la función normativa de la Directiva, es esencial destacar su relevancia para el caso objeto de estudio en este trabajo. Cabe recordar que la discriminación que podrían estar sufriendo los Fondos No Residentes, y que vulnera la libertad de circulación de capitales consagrada en el artículo 63 del TFUE, radica en que, a nivel nacional, esta se origina por la aplicación de un tipo impositivo del 1% contemplado en la LIS para los Fondos Residentes, frente a la tributación que se aplica a

²³ Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativa a la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (DOUE L 302 de 17 de noviembre de 2009).

través del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, mediante el mecanismo de la retención.

Sin embargo, a partir de la entrada en vigor de la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se transponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante, LIRNR) para adaptarla a la normativa comunitaria²⁴, se incorporó la letra l) en el artículo 14 de la LIRNR. Esta disposición establece un beneficio tributario para las IIC No Residentes que se encuentren dentro del marco de la Directiva 2009/65/CE.

Artículo 14. Rentas exentas.

1. Estarán exentas las siguientes rentas:

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 residentes en territorio español²⁵.

Como consecuencia de lo anterior, las IIC armonizadas, es decir, aquellas que se encuentran dentro del marco de la Directiva mencionada, gozan de una tributación equivalente a la de los Fondos Residentes en territorio español. Sin embargo, quedan fuera de este beneficio las IIC no armonizadas. Estas últimas, que son objeto de análisis en este trabajo, constituyen el núcleo de la posible discriminación que se examina. Así, cuando se hace referencia a la discriminación de los Fondos No Residentes, el foco está en aquellos que no están regulados por la Directiva 2009/65/CE.

²⁴ Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se transponen 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 (BOE 2 de marzo de 2010).

²⁵ 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 (BOE 12 de marzo de 2004).

2.3.2. *Instituciones de Inversión Colectiva de carácter financiero*

En relación con el anterior punto, el Capítulo I del Título III de la LIIC en el que se regula esta primera clasificación, diferencia las IIC de carácter financiero que cumplen con la Directiva 2009/65/CE y las que no lo hacen, estableciendo en las secciones 1ª y 3ª las disposiciones comunes aplicables a cada uno de los casos.

a) IIC con carácter financiero que cumplan con la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

El artículo 29 LIIC define a las IIC de carácter financiero como aquellas entidades *que tengan por objeto la inversión en activos e instrumentos financieros, conforme a las prescripciones definidas en esta ley y en su desarrollo reglamentario.*

El artículo 30 LIIC completa la definición anterior, indicando los activos e instrumentos financieros en los que las IIC de carácter financiero pueden invertir. Entre otros activos específicos, se encuentran:

- Valores negociables e instrumentos financieros admitidos a cotización en bolsas de valores, sistemas o mercados organizados con funcionamiento regular, protección equivalente a los mercados oficiales radicados en España y reglas similares a los mercados secundarios oficiales.

- Valores cuya admisión a negociación está solicitada o comprometida, bajo ciertas condiciones.

- Participaciones y acciones de otras IIC autorizadas conforme a la Directiva 2009/65/CE, limitadas al 10% del activo de la institución.

- Depósitos en entidades de crédito con vencimiento no superior a 12 meses.

En el apartado 2.1 de este trabajo se señala que uno de los elementos clave de las IIC es el principio de diversificación. Este principio, inherente al concepto de inversión, tiene como objetivo minimizar el riesgo asociado a la mera tenencia de activos.

Para garantizar el cumplimiento de este principio, el artículo 30.2 de la LIIC establece, de manera general, que la inversión en activos o instrumentos financieros

emitidos por una misma entidad, o por entidades pertenecientes al mismo grupo, no podrá superar el 5 % o el 15 % del activo de la IIC, respectivamente.

No obstante, el artículo indica la posibilidad de que el límite del 5 por ciento pueda ampliarse al 10 por ciento *siempre que el total de las inversiones de la IIC en valores en los que supere el 5 por ciento no exceda del 40 por ciento del activo de la misma.*

Como limitaciones generales, las IIC de carácter financiero no podrán endeudarse más allá del 10 por ciento de su activo. Asimismo, no podrán recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas. Además, no podrán adquirir metales preciosos ni ningún otro tipo de materia prima o de bienes muebles o inmuebles diferentes de los contemplados en los apartados del artículo 30 LIIC.

La LIIC indica que, en el caso de los Fondos de Inversión con carácter financiero que entren dentro del marco de la Directiva, *su denominación deberá ir seguida de la expresión "Fondo de Inversión", o bien de las siglas "F.I."* Por otro lado, las Sociedades de Inversión con carácter financiero que entren dentro del marco de la Directiva *deberán adoptar la forma de sociedad anónima y su capital social será susceptible de aumentar o disminuir dentro de los límites del capital máximo o mínimo fijados en sus estatutos, mediante la venta o adquisición por la sociedad de sus propias acciones, sin necesidad de acuerdo de la junta general y su denominación deberá ir seguida de la expresión "Sociedad de Inversión de Capital Variable", o bien de las siglas "SICAV".*

b) IIC con carácter financiero que no cumplan con la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo

Las IIC con carácter financiero que no estén incluidas en el marco normativo de la Directiva europea se clasifican en dos categorías, reguladas en los artículos 33 bis y 33 ter LIIC. Estas entidades se denominan IIC de Inversión Libre y las IIC de IIC de Inversión Libre.

i. IIC de Inversión Libre

Dentro de la primera clasificación podemos diferenciar los Fondos de Inversión Libre y las Sociedades de Inversión Libre:

- Fondos de Inversión Libre (FIL, en adelante)²⁶: Los FIL, conocidos como Fondos de Inversión alternativa o *hedge funds*, se caracterizan por no estar sujetos a las restricciones de inversión establecidas tanto en la normativa europea que regula la inversión dentro de la Unión Europea, así como en el marco nacional contenido en la LIIC.

A diferencia de las IIC con carácter financiero que cumplan con la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los FIL pueden invertir en cualquier tipo de activo, adoptar estrategias de inversión sin limitaciones específicas y emplear un mayor apalancamiento, lo que permite endeudarse más que el resto de los Fondos. Estas características implican que la inversión en este tipo de entidades conlleva niveles de riesgo significativamente más altos.

Además, los FIL están diseñados principalmente para inversores profesionales, como bancos, fondos de pensiones y aseguradoras. También son accesibles para clientes no profesionales, siempre que realicen una inversión mínima de 100.000 euros y confirmen por escrito que comprenden los riesgos asociados a la inversión.

- Sociedades de Inversión Libre (SIL, en adelante): La principal diferencia que presentan las FIL y las SIL radica en que estas últimas poseen personalidad jurídica, como se explicó previamente en el punto 2.2.2 de este trabajo.

No obstante, a pesar de esta diferencia, ambas entidades comparten características fundamentales. Las dos entidades no entran dentro del marco normativo de la Directiva 2009/65/CE por lo que tienen en común la gran flexibilidad y la falta de restricciones y limitaciones específicas aplicables a las IIC reguladas por la Directiva, como las SICAV.

Al igual que los FIL, las SIL están dirigidas principalmente para inversores profesionales, tales como bancos, fondos de pensiones y aseguradoras. Además, también son accesibles para clientes no profesionales, siempre que realicen una inversión mínima de 100.000 euros y confirmen por escrito que comprenden los riesgos asociados a la inversión.

²⁶ Comisión Nacional del Mercado de Valores, “Fondos de inversión libre”, *CNMV* (disponible en https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/fichas/gr10_fondos_de_inversion_libre.pdf; última consulta 9/02/2025).

ii. IIC de IIC de Inversión Libre

Los Fondos de Fondos de Inversión Libre (IICIICIL, en adelante) son un tipo de IIC que no entran dentro del marco normativo de la Directiva 2009/65/CE. A diferencia de las IIC de Inversión Libre, estos Fondos están concebidos como productos accesibles a inversores particulares que no necesariamente deben ser profesionales.

A diferencia de las IIC de Inversión Libre y de las IIC tradicionales, los IICIICIL invierten en otros Fondos de Inversión en lugar de invertir directamente en otros valores. La mayoría de estas inversiones deben realizarse en FIL.

Al igual que las IIC de Inversión Libre, los IICIICIL gozan de una gran flexibilidad al no estar regulados por la normativa europea, lo que les permite tener una mayor libertad a la hora de diseñar sus estrategias de inversión. Sin embargo, esta flexibilidad implica niveles de riesgo más elevados.

Como indica la CNMV, las IICIICIL se caracterizan por una menor liquidez en comparación con los Fondos de Inversión tradicionales, lo que repercute en aspectos como la frecuencia de cálculo y publicación del valor liquidativo, así como en la posibilidad de reembolsos.

Por otro lado, al no estar sujetos a los límites que regulan a los Fondos de Inversión tradicionales, las IICIICIL tienen mayor flexibilidad para establecer sus comisiones.

Por último, antes de contratar con una IICIICIL el inversor debe firmar un documento en el que declara haber sido informado de todos los riesgos inherentes al producto²⁷.

2.3.3. Instituciones de Inversión Colectiva de carácter no financiero

La LIIC define las IIC de carácter no financiero como aquellas entidades que no estén incluidas en el capítulo I del título III. En otras palabras, se refiere a todas aquellas

²⁷ Comisión Nacional del Mercado de Valores, “Fondos de inversión libre”, *CNMV* (disponible en https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/fichas/gr10_fondos_de_inversion_libre.pdf; última consulta 9/02/2025).

entidades que no tengan por objeto la inversión en activos e instrumentos financieros, conforme a las prescripciones definidas en la LIIC y en su desarrollo reglamentario.

Dentro de las IIC no financieras, se puede diferenciar entre las IIC inmobiliarias, reguladas en la sección 2ª del capítulo II del título III de la LIIC, y las IIC no financieras atípicas. En relación con estas últimas, el legislador ha considerado que los únicos mercados necesitados de un continuo flujo de recursos son el financiero y el de alquiler de inmuebles²⁸. Por esta razón, solo se les ha otorgado a las IIC inmobiliarias una regulación específica dentro de la LIIC, a diferencia de las IIC atípicas, las cuales, de acuerdo con Aurora Ribes, son prácticamente inexistentes, ya que carecen de un régimen tributario especial o privilegiado²⁹.

a) IIC inmobiliarias

De acuerdo con el artículo 35 LIIC, las IIC inmobiliarias *son aquellas de carácter no financiero que tengan por objeto principal la inversión en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su arrendamiento.*

La LIIC completa la definición anterior, estableciendo que las IIC inmobiliarias *invertirán su activo en bienes inmuebles, que podrán adquirir en sus distintas fases de construcción, pudiendo compatibilizarlo, de acuerdo con las limitaciones que se establezcan reglamentariamente, con la inversión de una parte de su activo en valores negociados en mercados secundarios.*

Las IIC inmobiliarias pueden clasificarse, de acuerdo con su forma jurídica, como Sociedades de Inversión Inmobiliaria y Fondos de Inversión Inmobiliaria.

Teniendo en cuenta la naturaleza general de las dos formas jurídicas que pueden adoptar las IIC inmobiliarias, y lo establecido específicamente para ellas en la LIIC, se pueden definir de la siguiente manera:

- Sociedades de Inversión Inmobiliaria (SII, en adelante): Son Sociedades anónimas que cuentan con un capital mínimo totalmente desembolsado desde su

²⁸ Caño Alonso, J.C., Tributación de las instituciones de inversión colectiva y de sus accionistas o partícipes. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 48-49.

²⁹ Ribes Ribes, A., “Análisis...”, *Op.cit.*, p. 225.

constitución. Su propósito principal es invertir en bienes inmuebles de naturaleza urbana para su alquiler, gestionando directamente los activos inmobiliarios y permitiendo a los inversores participar en el mercado inmobiliario mediante la adquisición de acciones.

- Fondos de Inversión Inmobiliaria (FII, en adelante): Se configuran como patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica propia, que son gestionados por una sociedad gestora. Esta se encarga de invertir en una cartera diversificada de bienes inmuebles destinados al arrendamiento.

b) Otras IIC no financieras.

EL Artículo 39 LIIC dice lo siguiente:

Las IIC no financieras, distintas de las IIC inmobiliarias, se registrarán por lo dispuesto en esta ley y, adicionalmente, por las disposiciones especiales que apruebe el Ministro de Economía o, con su habilitación expresa, la CNMV.

3. NORMATIVA COMUNITARIA

En el análisis de los conceptos fundamentales necesarios para abordar correctamente este trabajo, se indicaba que la libertad de circulación de capitales se consagra en los artículos 63 y 65 del TFUE, donde se establece que la no discriminación en la circulación de capitales busca facilitar la movilidad financiera entre los Estados miembros.

“Artículo 63 TFUE (antiguo artículo 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 TFUE (antiguo artículo 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. C 83/72 Diario Oficial de la Unión Europea 30.3.2010 ES

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”³⁰.

Resulta particularmente interesante examinar cómo coexisten en la normativa comunitaria dos artículos que, en apariencia, regulan conceptos que pueden entrar en conflicto.

Por un lado, el artículo 63 del TFUE establece la prohibición de que cualquier Estado miembro de la Unión Europea adopte medidas, normativas o actividades que

³⁰ Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (BOE de 30 de marzo de 2010).

perjudiquen los movimientos de capitales entre Estados miembros o entre estos y terceros países.

Por otro lado, el apartado a) del artículo 65, introducido por el Tratado de Maastricht, permite que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 63, los Estados miembros puedan aplicar disposiciones fiscales que distingan entre contribuyentes según su lugar de residencia o el lugar donde esté invertido su capital.

En otras palabras, aunque se prohíbe establecer restricciones que limiten la libre circulación de capitales entre los Estados miembros, el TFUE permite a estos adoptar medidas fiscales que diferencien y traten de manera distinta a inversores residentes y no residentes, lo que en principio podría contravenir la prohibición de restricciones contenida en el artículo 63.

Esto último encaja con la jurisprudencia comunitaria citada anteriormente, donde se establecía que una de las medidas que puede considerarse como una restricción prohibida de los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, es la de disuadir a los Fondos No Residentes de realizar inversiones en un Estado Miembro de la Unión Europea.

Como he indicado anteriormente, el apartado a) del artículo 65.1 TFUE, permite a los Estados miembros aplicar disposiciones fiscales que establezcan un trato diferencial entre residentes y no residentes. En un inicio, parte de la doctrina comunitaria interpretaba el artículo 65 TFUE como una restricción permitida por la que se podía llevar a cabo una discriminación basada en la residencia de los inversores dentro de la libertad de circulación de capitales³¹.

No obstante, el TJUE refuta lo anterior, indicando que la introducción de este apartado no supone una reforma radical respecto al régimen previo al Tratado de Maastricht, el cual no permitía aceptar distinciones en el trato fiscal de residentes y no

³¹ Martín Jiménez, A. J. y Calderón Carrero, J. M., *La jurisprudencia del TJCE: los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias sobre la legislación nacional en materia de imposición directa, en Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS, 2006, citado por Rodríguez Rodríguez, A., “La tributación de los dividendos percibidos por las instituciones de inversión colectiva no residentes a la luz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación por el Tribunal Supremo”, *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n. 501, 2024, p. 48.

residentes en situaciones comparables, siempre que dichas distinciones no estuvieran basadas en criterios objetivos³².

Esto último no constituye una novedad, ya que el TJUE mantuvo este criterio incluso bajo su antigua denominación, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE)³³, postura que se refleja en la Sentencia del TJCE de 6 de junio de 2000 (asunto C-35/1998)³⁴: *Es preciso señalar que la posibilidad que el artículo 73 D, apartado 1, letra a), del Tratado reconoce a los Estados miembros, permitiéndoles 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, ha sido admitida ya por el Tribunal de Justicia. En efecto, según la jurisprudencia de éste, con anterioridad a la entrada en vigor del artículo 73 D, apartado 1, letra a), del Tratado, unas disposiciones fiscales nacionales del tipo de las contempladas por dicho artículo, que establecían determinadas distinciones basadas principalmente en el lugar de residencia de los contribuyentes, podían considerarse compatibles con el Derecho comunitario, siempre que se aplicaran a situaciones que no fueran objetivamente comparables (véase, en particular, la sentencia de 14 Feb. 1995, Schumacker, C-279/93, Rec. p. I-225), o podían resultar justificadas por razones imperiosas de interés general, y en particular por razones de coherencia del régimen tributario (sentencias de 28 Ene. 1992, Bachmann, C-204/90, Rec. p. I-249, y Comisión/Bélgica, C-300/90, Rec. p. I-305).*

En línea con lo anterior, la Sentencia de 7 de septiembre de 2004 del mismo Tribunal, mantiene el criterio anterior indicando que resulta necesario distinguir entre el trato diferenciado que permite el artículo 58 TCE, apartado 1, letra a) (actual artículo 65, apartado 1, letra a del TFUE) de las discriminaciones arbitrarias prohibidas por el apartado 3 de este mismo artículo. De acuerdo con la sentencia, *para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el litigio principal, que establece una distinción entre los ingresos procedentes de dividendos nacionales y los procedentes de dividendos*

³² López Rodríguez, J., “Ayudas de Estado y libertades básicas” en PwC Tax & Legal (coord.), *Derecho europeo y sistema tributario español: una evaluación en profundidad*, Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid, 2023, pp. 531-596.

³³ Este término era utilizado antes del Tratado de Lisboa (2009)

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 6 de junio de 2000, C-35/1998 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2000\120]. Fecha de la última consulta: 19 de enero de 2025.

extranjeros de una persona sujeta al pago de impuestos en el Estado miembro de que se trate por obligación personal, 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 resulte justificada por razones imperiosas de interés general³⁵.

En línea con lo anterior, la Sentencia antes citada indica que el artículo 58 CE, apartado 1, letra a), que actúa como excepción al principio fundamental de la libre circulación de capitales, debe ser objeto de una interpretación estricta, y no puede interpretarse en el sentido de que cualquier legislación fiscal que establezca una distinción entre los contribuyentes en función del lugar en que inviertan sus capitales sea automáticamente compatible con el Tratado. En efecto, la excepción prevista en el artículo 58 CE, apartado 1, letra a), se encuentra limitada a su vez por el artículo 58 CE, apartado 3 (actual apartado 3 del artículo 65 TFUE anteriormente citado), que prevé que las disposiciones nacionales a las que hace referencia el apartado 1 de este artículo «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 56 (actual artículo 63 TFUE).

Por tanto, el TJUE, en su jurisprudencia más reciente, mantiene el criterio sostenido a lo largo de los años de que, cualquier diferencia entre residentes y no residentes, debe estar justificada por razones completamente objetivas y, en ningún caso, se permite generar discriminaciones arbitrarias o restricciones desproporcionadas a la libertad de circulación de capitales.

Es preciso que la diferencia de trato entre residentes y no residentes afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general.

Como colofón a lo expuesto, el TJUE ha desarrollado una sólida y reiterada jurisprudencia en la que se establece un esquema necesario de cumplimentar para determinar y evaluar la compatibilidad de las diferentes normativas nacionales de los

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02, [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2004\225]. Fecha de la última consulta: 9 de febrero de 2025.

Estados Miembros para con el Derecho comunitario. En otras palabras, el TJUE ha desarrollado un marco jurisprudencial que sirve de base y esquema para saber cómo identificar si una medida adoptada por un Estado miembro es discriminatoria o desventajosa.

Este marco jurisprudencial resulta de especial relevancia en el análisis de las diferencias tributarias entre entidades residentes y no residentes, particularmente en el ámbito de la fiscalidad de dividendos, y consiste esencialmente en un análisis de diferentes etapas³⁶.

La diferenciación de las tres fases podemos apreciarla en la Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2021: *es preciso examinar, en primer lugar, la existencia de una diferencia de trato; en segundo lugar, la posible comparabilidad de las situaciones, y, en su caso, por último, la posibilidad de justificar el trato diferenciado*³⁷.

- Localizar una medida que pueda disuadir a los no residentes de invertir en un Estado miembro de la Unión Europea: En el examen de los conceptos más relevantes, se citaron las sentencias *Pensioenfonds Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402³⁸, así como la del 30 de enero de 2020, *Köln-Aktienfonds Deka*, C-156/17, EU:C:2020:51³⁹, y la de 17 de marzo de 2022, EU:C:2022:193, *AllianzGI-Fonds AEVN*⁴⁰, en las que una de las medidas que puede considerarse como una restricción prohibida de los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, es la de disuadir a los Fondos No Residentes de realizar inversiones en un Estado Miembro de la Unión Europea. En este sentido, cabe recordar que en este trabajo entendemos la libertad de circulación de capitales como la capacidad

³⁶ Rodríguez Rodríguez, Á., “La tributación...” *Op.cit.*, p. 50.

³⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, Sentencia de 29 de abril de 2021, C-480/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2021\106]. Fecha de la última consulta: 21 de enero de 2025.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 2 de junio de 2016, C-252/2014 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2016\178]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Séptima, de 30 de enero de 2020, C-156/2017 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2020\9]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 17 de marzo de 2022, C-545/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR\2022\106348]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.

de los Fondos No Residentes para realizar inversiones en un Estado miembro sin verse disuadidos por un tratamiento fiscal que no sea equitativo.

En línea con lo anterior, la primera etapa, que consiste en localizar una medida que pueda disuadir a los no residentes de invertir en un Estado miembro, implica, esencialmente, analizar si la normativa del correspondiente Estado miembro contiene obstáculos o restricciones. A modo de ejemplo, el autor menciona la imposición de una tributación superior a los no residentes en comparación con los residentes en la percepción de dividendos. Esta idea también se recoge en la Sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012⁴¹.

- **Determinar que la posición de los residentes y no residentes está en situaciones objetivamente comparables:** La comparación entre Fondos Residentes y No Residentes ha sido objeto de análisis y estudio por parte de los órganos judiciales europeos desde su constitución. Aunque, en un principio, la visión general adoptada por los Estados miembros rechazaba considerar como objetivamente comparables dos Fondos que no residían en un mismo Estado, la jurisprudencia del TJUE ha refutado esta postura. Un ejemplo de ello es la Sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2006, en la que se afirma lo siguiente⁴²:

A partir del momento en que un Estado miembro, de modo unilateral o por vía convencional, sujeta al impuesto sobre la renta no sólo a los accionistas residentes, sino también a los no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de dichos accionistas no residentes se aproxima a la de los residentes.

Otro ejemplo más reciente, lo podemos encontrar en la Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2014, en la que el tribunal europeo señala que *en relación con la cuestión relativa a la comparabilidad, es preciso, en primer lugar, puntualizar que, (...) la situación de un fondo de inversión que cobre dividendos residente es comparable a la de un fondo de inversión que cobre dividendos no residente, por cuanto, en ambos casos, en principio, los beneficios obtenidos pueden ser objeto de una doble imposición económica o de una imposición en cadena (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de diciembre*

⁴¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 10 de mayo de 2012, C-338/2011, [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2012\111]. Fecha de la última consulta: 20 de enero de 2025.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 12 de diciembre de 2006, C-374/2004 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2006\355]. Fecha de la última consulta: 20 de enero de 2025.

de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, apartado 62; *Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen*, apartado 113; de 20 de octubre de 2011, *Comisión/Alemania*, C-284/09, *Rec. p. I-9879*, apartado 56, y *Santander Asset Management SGIIC y otros*, apartado 42 y *jurisprudencia citada*)⁴³.

- Examinar si la diferencia de trato se encuentra justificada por motivos de interés general o si ha sido compensada en el Estado de residencia de la reclamante:

A diferencia de las dos primeras fases, esta última etapa, que consiste en determinar si la discriminación está justificada o neutralizada en el país de residencia, no es un aspecto procedimental que se analice en todos los casos abordados por la jurisprudencia comunitaria. Su aplicación depende de que sea alegada por las partes durante los correspondientes procedimientos⁴⁴.

En conclusión, aunque la jurisprudencia comunitaria establece tres fases diferenciadas para determinar la comparabilidad de las normas nacionales con el Derecho comunitario y analizar si estas son discriminatorias con respecto a los no residentes, la evaluación de si se ha producido una discriminación que vulnere el artículo 63 del TFUE, en el que se consagra la libertad de circulación de capitales, siempre depende del caso concreto⁴⁵.

4. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LA DISCRIMINACIÓN DE FONDOS NO RESIDENTES

El análisis de la más relevante y reciente jurisprudencia de los diferentes órganos judiciales nacionales del orden contencioso-administrativo, resulta del todo necesario para abordar el tema objeto de estudio del presente trabajo de investigación. Por ello, considero oportuno centrar mi estudio en las resoluciones judiciales, tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo, de las que se extrae la doctrina jurisprudencial más relevante.

Las sentencias que merecen un análisis más exhaustivo son, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª,

⁴³ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 10 de abril de 2014, asunto C-190/2012, [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2014\146]. Fecha de la última consulta: 20 de enero de 2025.

⁴⁴ Rodríguez Rodríguez, Á., "La tributación..." *Op.cit.*, p. 51.

⁴⁵ Rodríguez Rodríguez, Á., "La tributación..." *Op.cit.*, p. 52.

Sentencia de 30 de Jul. 2021, Rec. 709/2019⁴⁶, así como la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 454/2023 de 5 Abr. 2023, Rec. 7260/2021⁴⁷.

Este carácter de relevancia no se les otorga de forma completamente subjetiva en un ejercicio de opinión personal, sino que son las propias sentencias posteriores derivadas de las que anteriormente he mencionado, las que les otorgan dicho adjetivo, en tanto que en ellas se establece la base de la doctrina que han seguido las resoluciones posteriores. Esto se realizará sin perjuicio de un análisis, aunque menos detallado, de otras sentencias relacionadas.

4.1. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 30 de Jul. 2021, Rec. 709/2019.

Nos encontramos ante una sentencia que es consecuencia directa del recurso contencioso administrativo contra *la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC), de 11/06/2019, por la que se desestimó las reclamaciones interpuestas contra las resoluciones desestimatorias de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), de la solicitud de rectificación de autoliquidaciones, y consiguiente devolución de ingresos indebidos, por el Impuesto sobre la Renta de no Residentes (IRNR) de los ejercicios 2011 a 2014*⁴⁸.

Los hechos relevantes que son objeto de litigio en esta Sentencia de la Audiencia Nacional (en adelante, SAN), son idénticos o fundamentalmente comparables con los del resto de sentencias que se han analizado para realizar este trabajo, es por ello por lo que resulta del todo necesario y oportuno llevar a cabo un análisis previo de estos hechos:

2.La pretensión actora, (...) se fundamenta en que en la tributación de la entidad recurrente (...) se ha producido una vulneración del derecho de la Unión Europea, por infracción del artículo 63.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 454/2023, de 5 de abril de 2023, Rec. 7260/2021 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ\2023\3221]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Antecedentes de hecho, punto primero]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

(TFUE), y del principio de la libre circulación de capitales que se consagra en el mismo, toda vez que mientras las entidades de inversión colectiva con residencia en España soportan una retención del 1%, la entidad recurrente, no residente en España, residente en Alemania, a la que se le practicaron las retenciones por el percibo del dividendo (...) del 15%, (...) se ha visto gravada por esta retención que se ha convertido en la deuda definitiva, al no existir en la Ley ningún mecanismo en virtud del cual su situación tributaria fuera la misma que la de las entidades residentes en España.

3. La Delegación Central de Grandes Contribuyentes dictó acuerdos de 17 y 18 de junio de 2015 y 1 y 14 de junio de 2016, finalizando los procedimientos de gestión tributaria de comprobación limitada derivados de estas solicitudes, en los que desestimó la solicitud de rectificación, y, por ende, la devolución de las retenciones que le fueron practicadas, **porque la parte solicitante no había aportado un certificado emitido por las autoridades alemanas que acredite el cumplimiento de los requisitos de la Directiva 2009/65, esto es, ser una institución de inversión colectiva (IIC) armonizada.**

4. El TEAC, en la resolución que enjuiciamos, desestimó la reclamación, por otras razones. En efecto, consideró que el argumento utilizado por la liquidación no era correcto, pues al ser los solicitantes fondos de inversión libres, no armonizados con la Directiva 2009/65, no les era aplicable la reforma del artículo 14 de la LIRNR introducida por la Ley 2/2010, y por tanto no les era exigible aportar dicho certificado.

No obstante, desestimó la reclamación a través de varios argumentos, que seguidamente analizaremos, pero que se pueden resumir en la **ausencia de prueba sobre el cumplimiento de los "requisitos financieros" que la Ley 35/2003 establece para los fondos de inversión libre españoles, cuyo cumplimiento les permite tributar en el Impuesto sobre Sociedades al tipo de gravamen del 1%⁴⁹.**

Por tanto, la parte actora del recurso contencioso administrativo considera que se ha producido una vulneración de su derecho de la Unión Europea, por infracción del **artículo 63.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y del principio de la libre circulación de capitales que se consagra en el mismo⁵⁰.** Esta

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Fundamento jurídico primero]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Fundamento jurídico primero]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

vulneración de su derecho se debe a que la recurrente considera que la retención que se le ha practicado por la percepción de un dividendo, no es la que le correspondería a un Fondo comparable con los Fondos Residentes en España. Esta vulneración, como se desprende de los hechos previamente expuestos, no ha sido apreciada por los órganos competentes en vía administrativa.

En cuanto a la cuestión de la comparabilidad, aspecto clave para la estimación o desestimación de los recursos interpuestos y para la resolución del fondo del asunto, esta se aborda en el Fundamento Jurídico Sexto de la sentencia objeto de análisis.

4.1.1. Comparabilidad del Fondo No Residente

En primer lugar, tal y como se ha expuesto anteriormente, la Delegación Central de Grandes Contribuyentes (en adelante, DCGC) dictó acuerdos desestimatorios de las pretensiones de la parte actora en relación con la devolución de las retenciones que le fueron practicadas, porque, de acuerdo con el órgano administrativo, la parte solicitante no había aportado un certificado oficial del país de residencia emitido por las autoridades, en el que se acreditase el cumplimiento de los requisitos de la Directiva 2009/65 para poder ser considerado como un Fondo comparable con los Fondos Residentes en España y así poder tributar al 1%.

No se va a entrar a analizar qué requisitos se establecen en la Directiva 2009/65, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios, pues no resulta relevante para el punto en el que nos encontramos, en tanto que, como bien aclara el Tribunal Económico Administrativo Central (en adelante TEAC) en la resolución recurrida por el recurso contencioso administrativo que da lugar a la SAN, la naturaleza de la entidad recurrente no es otra que la de un Fondo no armonizado por dicha directiva, por lo que el argumento por el que la DCGC desestima la pretensión de la parte actora, es decir, por la no aportación de un certificado oficial del país de residencia que acreditase el cumplimiento de los requisitos de la Directiva 2009/65, no resulta aplicable en este caso.

No obstante, que el TEAC alegase que la razón de la desestimación en la falta de un certificado oficial en el que se demostrase que no se cumplían con los requisitos de la Directiva 2009/65 no era correcto, no implica que el TEAC le diese la razón a la parte

actora. En el punto dos del Fundamento Jurídico Sexto de la SAN⁵¹, se explica como el TEAC analiza la comparabilidad entre un Fondo No Residente y uno Residente en base a la legislación española, es decir, que la parte actora debería haber presentado un certificado oficial emitido por las autoridades del país de residencia del Fondo, en el que se acreditase que la entidad recurrente cumplía con los requisitos que establece el artículo 43 de la Ley 35/2003.

Tanto la argumentación de la DCGC como la posterior del TEAC son incorrectas de acuerdo con la SAN. Esta última se apoya en las STS de 13 de noviembre de 2019 (Rec. 3023/2018)⁵² y 14 de noviembre de 2019 (Rec. 1344/2018)⁵³, las cuales *afirman con contundencia que la similitud deberá entenderse cumplida cuando "el fondo de inversión no residente que pretenda la devolución justifique que cumple las condiciones previstas para los fondos residentes, en este caso, en la Directiva 85/611/CEE", (...). Añadiendo que "el que la normativa de referencia lo constituyan la Ley 35/2003 y el Reglamento de IICs en relación con el Impuesto sobre Sociedades, lleva necesariamente a restringir el tipo de gravamen al 1% respecto de determinadas IICs que reúnan los requisitos legalmente dispuestos, pero en ningún caso sería de aplicación a los fondos no residentes, tal y como ha quedado dicho anteriormente; lo que per se conlleva la inidoneidad de la normativa nacional en exclusividad a los efectos de servir de contraste para verificar si las no residentes "operan en un marco normativo equivalente al de la Unión"*⁵⁴.

Lo que la SAN pretende señalar al recurrir a diversas sentencias del Tribunal Supremo para desestimar la argumentación del TEAC es que la comparación entre un Fondo No Residente no armonizado por la Directiva 2009/65 con un Fondo Residente, debe realizarse sin depender exclusivamente de la normativa española, debido a que esta normativa está diseñada específicamente para los Fondos Residentes y no necesariamente

⁵¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Fundamento jurídico sexto]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 1581/2019, de 13 de noviembre de 2019, Rec. 3023/2018 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ\2019\4791]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 1588/2019, de 14 de noviembre de 2019, Rec. 1344/2018 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ\2019\4949]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

⁵⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Fundamento jurídico sexto]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

refleja un estándar europeo o internacional que pueda resultar aplicable a Fondos no armonizados. La comparación que establece la Audiencia Nacional se funda en una equivalencia funcional o normativa más que en la identidad normativa, es decir, que el Fondo No Residente opere en condiciones comparables, pero no necesariamente idénticas a las que opera un Fondo Residente.

Cuando afirmo que un Fondo No Residente debe operar en condiciones comparables, pero no necesariamente idénticas a las que opera un Fondo Residente, el marco de referencia general no es el de la normativa nacional, pues como he explicado antes, esta normativa está diseñada específicamente para los Fondos Residentes, por tanto, y como aclara la SAN, el análisis de comparabilidad debe hacerse tomando en consideración la Directiva 2009/65, pese a que esta no se aplique a los Fondos no armonizados. Por tanto, la Directiva opera como un marco de referencia general para establecer un nivel mínimo de equivalencia de los fondos no armonizados.

En relación con lo anterior, la Audiencia Nacional concluye que la entidad recurrente supera el análisis de comparabilidad, *bien porque aportó documentación suficiente, valorada desde la perspectiva de la legislación alemana, bien porque si no era suficiente la aportada 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 que condicionó la desestimación de las resoluciones originariamente recurridas. Y, en fin, porque, de ser así, debió la Administración Tributaria española poner en marcha los mecanismos de intercambio recíproco de información, al objeto de determinar que las IIC reclamantes estaban en una situación normativa y fáctica idónea para recibir el mismo tratamiento que sus homólogas españolas, y nada de esto hizo*⁵⁵.

De lo anterior se derivan varias conclusiones. En primer lugar, al tratarse de un Fondo No Armonizado, no se le puede exigir el cumplimiento de la Directiva 2009/65, como sostenía la DCGC. En segundo lugar, dado que la entidad recurrente es un Fondo No Residente, tampoco se le puede imponer el cumplimiento estricto de la normativa nacional, como pretendía el TEAC. En tercer lugar, al no poder exigirle ninguna de estas

⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Fundamento jurídico sexto]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

obligaciones, se entiende que el Fondo No Residente opera bajo un sistema regulador comparable al de un Fondo Residente, siempre que la documentación presentada por la entidad sea suficiente conforme a la legislación del país de origen. Finalmente, si existen dudas sobre la suficiencia de dicha documentación para acreditar la comparabilidad con un Fondo Residente, corresponde al órgano administrativo español activar los mecanismos de intercambio de información necesarios con las autoridades alemanas (en este caso) a fin de verificar que la regulación y operativa del fondo justifican la aplicación del mismo tratamiento fiscal que a un Fondo Residente.

Todo lo anterior se desprende de la resolución mayoritaria de la Audiencia Nacional en la SAN. No obstante, en dicha sentencia se incluyen dos votos particulares que resultan especialmente interesantes en su argumentación sobre el examen de comparabilidad que hemos abordado. En este trabajo, me centraré únicamente en uno de ellos, dado que el otro no aporta novedades sustanciales a la cuestión analizada y se aparta del enfoque que considero más relevante.

El magistrado Don Javier Eugenio López Candela, en su voto particular en la SAN⁵⁶, sostiene que el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa española, que él considera indispensables, es una medida que evita la discriminación entre los obligados tributarios que sí cumplen con la legislación nacional. Argumenta que permitir que un Fondo No Residente tribute al tipo reducido del 1% únicamente por presentar documentación que, desde la perspectiva de su país de origen, se considere suficiente para equipararse a los Fondos Residentes, generaría una discriminación evidente respecto de aquellos que cumplen los requisitos exigidos en la normativa española.

El análisis de los requisitos establecidos en la normativa nacional no es una cuestión sencilla, ya que no se trata de un listado cerrado que determine de manera inequívoca las condiciones para beneficiarse del tipo reducido del 1% en el IS. Un claro ejemplo de ello es el planteado en el párrafo anterior: como se menciona en la SAN y se destaca en el voto particular del magistrado, dichos requisitos derivan más de una valoración subjetiva que de un marco normativo concreto y delimitado por la ley: *Estos requisitos a mi modo de ver son los siguientes, recogidos por el TEAC, y deducidos de*

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Voto Particular]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

normas reglamentarias, pero no por ello menos exigibles, de conformidad con la remisión hecha por el art.43 y 46 del Reglamento de IIC, aprobado por RD 1309/2005, de 4 de noviembre, como son los siguientes, derivados también del art.11 de la Ley 35/2003⁵⁷.

Los distintos órganos involucrados en este asunto, ya sea el TEAC, la DCGC o el propio magistrado, fundamentan sus exigencias en la normativa española. Sin embargo, el hecho de que cada órgano exija un requisito diferente y que cada uno de los órganos establezcan dichos requisitos en base a un análisis “personal y jurisprudencial” de la normativa reguladora de dichos Fondos, es una evidencia de que la comparativa no puede hacerse en base a la normativa española, sino que debería hacerse, como argumenta la Audiencia Nacional, en relación con un marco de comparabilidad respecto a la Directiva 2009/65.

Por un lado, el TEAC exige, entre otros requisitos, un certificado oficial emitido por las autoridades alemanas, en el que se acreditase que la entidad recurrente cumplía con los requisitos específicos de nuestra norma fiscal, mientras que la DCGC exige, entre otros, un certificado oficial emitido por las autoridades alemanas, en el que se acreditase que la entidad recurrente cumplía con los requisitos específicos de la Directiva, y no resulta necesario detallar los requisitos exigidos por el magistrado, pues del texto citado en el párrafo anterior ya se deduce que son diferentes de los establecidos por los otros órganos.

Permitir que un Fondo No Residente tribute al tipo reducido del 1% únicamente por presentar una documentación que, desde la perspectiva de su país de origen, resulte suficiente para compararse con los Fondos Residentes en otro país, no es, en mi opinión, justificación suficiente como para alegar una discriminación respecto a aquellos obligados que sí cumplan con los requisitos derivados de la normativa española, pues, como bien aclara la SAN en su Fundamento Jurídico Sexto⁵⁸, el órgano administrativo español puede llevar a cabo una serie de mecanismos de intercambio de información necesario para con las autoridades del país de origen para confirmar que la situación

⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Fundamento jurídico sexto]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

⁵⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Fundamento jurídico sexto]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

normativa y operativa del Fondo, es idónea para recibir el mismo tratamiento fiscal que un Fondo Residente.

En conclusión, no se puede sostener que exista discriminación para los contribuyentes que cumplan con los requisitos establecidos en la legislación nacional, tal y como argumenta el magistrado. En lo que respecta a la carga de la prueba, corresponde al FIL No Residente aportar la documentación necesaria para acreditar su comparabilidad. Sin embargo, si la Administración considera que dicha documentación, aun siendo suficiente desde la perspectiva del país extranjero, no es suficiente desde el punto de vista nacional, será el propio órgano administrativo el que deberá recurrir a los mecanismos de intercambio de información y cooperación entre Estados miembros para verificar la comparabilidad del Fondo extranjero con los residentes.

Dicho lo anterior, es importante señalar que esta es la argumentación sostenida por la Audiencia Nacional, la cual puede diferir de la adoptada por el Tribunal Supremo, cuestión que analizaremos en el siguiente apartado.

4.1.2. Neutralización de la discriminación.

La idea de la neutralización se extrae, tal y como se afirma en la SAN, de la STJUE de 8 de noviembre de 2007, conocida como la *Sentencia Amurta*, y se define como el mecanismo por el cual puede justificarse el trato diferenciado a los Fondos No Residentes, *por el eventual juego de lo dispuesto en el Convenio bilateral con Alemania, que determine que el fondo reclamante ha podido deducir en su país de residencia la tributación soportada en España*⁵⁹. En otras palabras, la “discriminación” o trato diferenciado entre Fondos Residentes y No Residentes podría considerarse justificada si, de acuerdo con lo establecido en el Convenio para evitar la Doble Imposición (en adelante, CDI), se permite que un contribuyente no residente deduzca en su país de origen el impuesto pagado en otro Estado miembro.

Esta idea se puede ver recogida en la STJUE de 17 de septiembre de 2015: *“en el supuesto de que se haya demostrado una restricción de los movimientos de capitales, tal restricción podrá justificarse en virtud de los efectos de un convenio bilateral para evitar la doble imposición celebrado entre el Estado miembro de residencia y el Estado miembro*

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Fundamento jurídico séptimo]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

en donde se generen los dividendos, a condición de que haya desaparecido la diferencia de trato, en materia de tributación de dividendos, entre los contribuyentes residentes en este último Estado miembro y los residentes en otros Estados miembro"⁶⁰.

En el Fundamento Jurídico Séptimo de la SAN⁶¹, se hace referencia a la sentencia recurrida del TEAC, en la que dicho órgano, en relación con la neutralización de la posible discriminación, establece lo siguiente: *"que la acreditación de cuál ha sido el trato que en Alemania ha tenido la retención soportada en España, por evidentes razones de cercanía a las fuentes de prueba, corresponde al reclamante, sin que hay aportado ninguna prueba acerca de si la retención soportada en España ha sido, o no, objeto de deducción en el país de residencia del contribuyente"*⁶².

En la citada sentencia, el TEAC niega que se esté llevando a cabo un trato discriminatorio hacia la parte recurrente. No obstante, sostiene que, en el hipotético caso de que se hubiera demostrado una restricción a los movimientos de capitales, dicha restricción estaría justificada por el efecto del CDI celebrado entre ambos Estados, el cual permite que el Fondo No Residente pueda deducirse la retención soportada. Además, argumenta que la carga de la prueba sobre el tratamiento dado a la retención en el país de residencia del Fondo recae, en virtud del principio de facilidad probatoria, sobre el contribuyente.

El principio de facilidad probatoria no es aplicable desde el punto de vista de la Audiencia Nacional, pues la carga de la prueba *correspondía a la Administración, pues estamos ante un "hecho excluyente"* que la SAN define como *aquellos casos en los habiéndose acreditado los hechos que permiten la aplicación de una norma -en nuestro caso la existencia de discriminación-, el perjudicado por su aplicación pretende acreditar hechos que "excluyen" o neutralizan sus efectos, siendo la carga de aportarlos de quien pretende la exclusión. Sin que la Administración desplegara al efecto actividad alguna*⁶³.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 17 de septiembre de 2015, asunto C-10/14 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2016\370]. Fecha de la última consulta: 9 de febrero de 2025.

⁶¹ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Fundamento jurídico séptimo]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

⁶² Sentencia del Tribunal Económico Administrativo Central, Sala primera, de 11 de junio de 2019.

⁶³ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Fundamento jurídico séptimo]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

En relación con lo anterior, la citada sentencia alega que la carga de la prueba del hecho excluyente recae sobre la Administración, en tanto que no se le puede exigir a la parte que pretende alegar la discriminación, que justique, *ya no solo los hechos constitutivos de su pretensión, si no también los que la excluyen*⁶⁴. Esta regla de distribución de la carga de la prueba se recoge en el artículo 217.2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC)⁶⁵:

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

En línea con lo anterior, la Audiencia Nacional, en relación al artículo 217.6 LEC que regula el principio de facilidad probatoria, afirma que ***no puede entenderse como una excepción a las reglas contenidas en los arts. 217.2 y 3, ni dar cobertura a conductas de inactividad de quien, con arreglo a las pautas generales de distribución de la carga de la prueba, tiene la obligación de intentar acreditar los hechos.***

Como colofón, *la Administración no ha desplegado una actuación en orden a la obtención de los hechos que pudieran permitir el juego de la neutralización predicada, sin que debamos subsanar dicha conducta mediante una aplicación del principio de facilidad probatoria más allá de parámetros razonables, pues dicho principio no está pensado para dar cobertura a situaciones de deficiencia probatoria imputables a quien tiene, conforme a las reglas generales, la carga de la prueba*⁶⁶.

⁶⁴ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Fundamento jurídico séptimo]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

⁶⁵ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero de 2000).

⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 13 de marzo de 2020, Rec. 688/2016 [versión electrónica – base de datos NORMACEF. Ref. NFJ078491]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024. Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045, Fundamento jurídico séptimo]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

4.2 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Sentencia 454/2023 de 5 Abr. 2023, Rec. 7260/2021.

La finalidad principal de este trabajo es examinar la posible diferencia de trato en la normativa nacional entre los Fondos No Residentes y los Fondos Residentes, y alcanzar una conclusión fundamentada y respaldada por argumentos sólidos, que resuelvan si verdaderamente existe un diferente y más beneficioso trato fiscal para los Fondos Residentes que, como dice la sentencia del Tribunal Supremo 454/2023, de 5 de abril, recurso de casación número 7260/2021, se justifique *en la legislación española por alguna razón imperiosa de interés general, en los términos del artículo 65 TFUE, en relación al artículo 63 TFUE*⁶⁷.

La sentencia antes citada resume el objeto del litigio en su fundamento jurídico décimo: *Si constituye un trato discriminatorio contrario al principio de libre circulación de capitales el sometimiento a gravamen del tipo del 19%, sobre los dividendos y rentas percibidos por IIC no armonizadas no residentes en España sin establecimiento permanente, frente al tipo de gravamen del 1% al que se gravan las mismas rentas cuando son percibidas por FIL residentes.*

En el apartado de normativa comunitaria de este trabajo, se desarrollaba la sólida y reiterada jurisprudencia del TJUE en la que se establece un esquema necesario de cumplimentar para determinar y evaluar la compatibilidad de las diferentes normativas nacionales de los Estados Miembros para con el Derecho comunitario.

Resulta necesario recordar que este marco jurisprudencial resulta de especial relevancia en el análisis de las diferencias tributarias entre entidades residentes y no residentes, particularmente en el ámbito de la fiscalidad de dividendos, y consiste esencialmente en un análisis de diferentes etapas⁶⁸.

Como vimos, la diferenciación de las tres fases podemos apreciarla en la Sentencia del TJUE de 29 de abril de 2021: *es preciso examinar, en primer lugar, la existencia de*

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 454/2023, de 5 de abril de 2023, Rec. 7260/2021 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ20233221]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.

⁶⁸ Rodríguez Rodríguez, Á., “La tributación...” *Op.cit.*, p. 50.

*una diferencia de trato; en segundo lugar, la posible comparabilidad de las situaciones, y, en su caso, por último, la posibilidad de justificar el trato diferenciado*⁶⁹.

4.2.1. Existencia de un trato discriminatorio en la normativa nacional.

En la Sentencia del Tribunal Supremo 454/2023, de 5 de abril, recurso de casación número 7260/2021 (en adelante, STS⁷⁰), el Alto Tribunal analiza la normativa nacional para identificar una posible diferencia de trato entre los Fondos de Inversión Residentes y No Residentes no armonizados⁷¹ en el marco tributario.

Como se ha señalado, esta primera etapa del análisis consiste en localizar medidas que puedan disuadir a los No Residentes de invertir en un Estado miembro y, a su vez, examinar si la normativa de dicho Estado contiene obstáculos o restricciones.

El primer obstáculo identificado por el Alto Tribunal en la citada sentencia, radica en la forma de tributación aplicable a ambos tipos de entidades de inversión. Esta opera a través del mecanismo de retención, que generalmente es del 19% sobre el importe bruto del dividendo. La normativa nacional permite a las IIC Residentes y a las IIC No Residentes armonizadas solicitar una devolución que reduce el gravamen hasta el 1%. Sin embargo, para las IIC no armonizadas o FIL, la devolución está limitada al 15%, y únicamente cuando exista un CDI aplicable con el país de residencia del Fondo.

En su fundamento jurídico décimo, el Alto Tribunal concluye que la normativa nacional establece una medida que disuade a los Fondos No Residentes no armonizados de invertir en territorio español:

*Cabe concluir, por tanto, que el motivo real del diferente tratamiento fiscal es que, en los términos previstos por la legislación española aplicable, **existe una discriminación entre FIL residentes y FIL no residentes**, ya que se reserva a los residentes un tratamiento fiscal muy favorable, con tributación al tipo de gravamen del 1%, en tanto los no residentes tributan al tipo impositivo del 19% o, al que pueda establecer el CDI que en este caso es del 15%, cuando en ambos casos, FIL residentes y*

⁶⁹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, Sentencia de 29 de abril de 2021, C-480/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2021\106]. Fecha de la última consulta: 21 de enero de 2025.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 454/2023, de 5 de abril de 2023, Rec. 7260/2021 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ\2023\3221]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.

⁷¹ Recordar que, las IIC armonizadas, es decir, aquellas que se encuentran dentro del marco de la Directiva 2009/65/CE, gozan de una tributación equivalente a la de los Fondos Residentes en territorio español

no residentes, al percibir rentas consistentes en dividendos de sociedades residentes, incurren en una manifestación de capacidad económica idéntica, que gravan tanto el Impuesto de Sociedades como el Impuesto sobre la Renta de los No residentes. No en vano el hecho imponible descrito es idéntico, y consiste, tanto en el IS como en el IRNR, en la percepción de rentas (incluidos los dividendos) abonadas por entidades residentes en España a Fondos de Inversión Libre o no armonizados⁷².

Cuando el Alto Tribunal se refiere a que, en ambos casos, FIL Residentes y No Residentes perciben rentas consistentes en dividendos de sociedades residentes en España y manifiestan una capacidad económica idéntica, señala que este ingreso refleja su capacidad para contribuir fiscalmente. Además, enfatiza que la situación es comparable, ya que ambos tipos de Fondos perciben ingresos de la misma naturaleza, gravados en un caso por el IS y en el otro por el IRNR. Esto significa que el hecho imponible, el evento que origina la obligación tributaria, es el mismo.

En consecuencia, el Alto Tribunal concluye en el fundamento jurídico décimo de la citada sentencia que, aunque el hecho imponible sea idéntico (la percepción de dividendos de una sociedad residente en España), la diferencia en el tratamiento fiscal basada en la residencia de los Fondos constituye una medida discriminatoria.

Sin embargo, el Magistrado Don José Antonio Montero Fernández, en su voto particular, argumenta:

Si bien no cabe negar que, a nivel legislativo, se infiere un tratamiento diferenciado entre FIL residentes y FIL no residentes, dicha circunstancia, por sí misma, no tiene por qué ser siempre, y por principio, injustificada, a la luz de la libre circulación de capitales⁷³.

A pesar de esta posición discrepante, el Alto Tribunal mantiene que la normativa española no puede establecer un marco normativo que trate de forma desigual a Residentes y No Residentes cuando lo que se grava es la misma manifestación de capacidad económica. Según el Tribunal *es importante advertir la importancia que, a*

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 454/2023, de 5 de abril de 2023, Rec. 7260/2021 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ/2023/3221]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 454/2023, de 5 de abril de 2023, Rec. 7260/2021 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ/2023/3221]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.

efectos de identificar una infracción del Derecho de la Unión Europea, reviste el hecho de que la legislación española no diseñe un marco normativo indistintamente aplicable a residentes y no residentes, cuando se grava la misma manifestación de capacidad económica, o, en su defecto, un marco normativo seguro y preciso de las condiciones de comparabilidad para que las distintas normas aplicables a residentes y no residentes no tengan como consecuencia un trato discriminatorio por razón de residencia a las no residentes.

En línea con la sentencia antes citada, el segundo obstáculo que identifica el Alto Tribunal en la normativa nacional es la ausencia de mecanismos que la entidad No Residente pueda tener a su disposición para obtener la devolución.

No existe en la legislación española un mecanismo procedimental específico en que los FIL no residentes puedan solicitar la devolución de ingresos, con igual efectividad que el mecanismo de autoliquidación y devolución de que disponen los FIL residentes. La restricción a la libertad de circulación que supone ese gravamen mucho más elevado de los no residentes en situaciones comparables, se produce también en el ámbito procedimental ya que, además de que la legislación nacional no establece cuales serían las condiciones para establecer el análisis de comparabilidad, tampoco prevé un procedimiento de devolución derivado de la propia norma tributaria aplicada (TRLIRNR), que permita dispensar a los FIL no residentes en España un tratamiento semejante al que reciben los FIL residentes en el Impuesto de Sociedades.

No obstante, respecto a este último obstáculo, la ausencia de un mecanismo de devolución para los FIL no es una cuestión separada del beneficio fiscal, sino que está intrínsecamente ligada a la decisión de no reconocerles ese beneficio fiscal. Es decir, el motivo por el que no hay un mecanismo para la devolución es porque, según la normativa española, los Fondos No Residentes no tienen derecho al mismo tipo de beneficio fiscal (como la posibilidad de tributar al 1% en vez de al 19%) que los Fondos Residentes. Por lo tanto, no se les puede devolver lo que ya no se les ha descontado, ya que no tienen el mismo trato fiscal que los residentes⁷⁴.

Finalmente, resulta necesario decir que el Alto Tribunal parece tener una visión incompatible para con la jurisprudencia comunitaria analizada anteriormente. Como hemos visto, el TJUE establece en su doctrina un esquema necesario de cumplimentar

⁷⁴ Rodríguez Rodríguez, Á., “La tributación...” *Op.cit.*, p. 61.

para determinar y evaluar la compatibilidad de las diferentes normativas nacionales de los Estados Miembros para con el Derecho comunitario, el cual consta de un análisis de varias etapas. La primera de ellas, localizar una medida que pueda resultar discriminatoria y la siguiente, ver si las situaciones son objetivamente comparables pues si no, no estaríamos ante una medida discriminatoria.

En línea con lo anterior, el Alto Tribunal alega lo siguiente: *En definitiva, en la resolución de las cuestiones suscitadas tan solo hemos de tener en cuenta la estructura impositiva y los criterios de tratamiento de residentes y no residentes establecidos en la normativa nacional, en contraste con el Derecho de la Unión Europea, pues el examen de la comparabilidad sobre la base de criterios no definidos en la ley nacional para las situaciones de FIL no residentes corresponde a una fase del proceso posterior a la constatación de la infracción del derecho de la Unión europeo, la de verificar si esa restricción a la libre circulación, introducida en un nivel normativo y abstracto por la legislación nacional, se produce de manera concreta en el caso enjuiciado. Para ello hay que constatar si la situación del FIL no residente es realmente comparable y, en tal caso, remediar los efectos de aquella infracción producida a nivel normativo*⁷⁵.

El TJUE exige que las situaciones sean objetivamente comparables antes de hablar de una infracción discriminatoria, a diferencia del Supremo, el cual considera la diferencia de trato como una vulneración del derecho comunitario. No obstante, el Supremo realiza a posteriori el análisis de la comparabilidad exigido por la jurisprudencia comunitaria.

4.2.2 Análisis de comparabilidad

Como hemos visto, la segunda etapa consiste en analizar si el Fondo No Residente opera en condiciones comparables, aunque no necesariamente idénticas, a las de un Fondo Residente. En este análisis, el marco de referencia general no debe ser únicamente la normativa nacional, ya que esta está diseñada específicamente para los Fondos Residentes. Por ello, y tal como señala la SAN, el análisis de comparabilidad debe llevarse a cabo tomando en consideración la Directiva 2009/65, a pesar de que esta no sea aplicable a los Fondos no armonizados. En este sentido, la Directiva actúa como un marco

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 454/2023, de 5 de abril de 2023, Rec. 7260/2021 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ2023\3221]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.

de referencia general para establecer un nivel mínimo de equivalencia aplicable a los Fondos no armonizados.

No obstante, utilizando la Directiva como marco de referencia, existen una serie de criterios generales adoptados por la jurisprudencia nacional que permiten determinar si el Fondo No Residente opera en condiciones comparables a las de un Fondo Residente.

a) Elementos relevantes para la comparabilidad fijados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo⁷⁶.

i. Sobre el número de participes

Como se mencionaba en el apartado de naturaleza jurídica, las IIC están sujetas a un número mínimo de participes o accionistas que se encuentra regulado en la LIIC. Pese a ser un requisito que tiene como objetivo evitar que este tipo de entidades se utilicen como instrumentos para la gestión de patrimonios individuales, el Alto Tribunal señala que este requisito no se aplica a las IIC no residentes no armonizadas por la Directiva, pues *requisitos de forma como el examinado, relativo a la forma contractual, si bien no constituye un requisito que solo puedan cumplir los organismos de inversión colectiva residentes, sí puede beneficiar a estos últimos en detrimento de los organismos de inversión colectiva constituidos en la forma admitida con arreglo a la legislación del Estado miembro en el que están establecidos, y puede disuadir a los organismos colectivos no residentes de realizar inversiones en el país que exige esos determinados condicionantes para acceder a un trato fiscal no discriminatorio, por lo que constituye una restricción a la libertad de circulación de capitales.*

ii. Sobre el modo de captación del capital

Como vimos, uno de los elementos característicos de las IIC es su cometido para la captación pública de fondos, teniendo como objetivo atraer dinero, bienes o derechos de los inversores, apelando al ahorro público, mediante la captación de activos aptos para la gestión. Por tanto, en línea con el criterio del Tribunal Supremo, es fundamental que las FIL, pese a no estar armonizadas, obtengan capital externo, del público en general.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 454/2023, de 5 de abril de 2023, Rec. 7260/2021 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ/2023/3221]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.
Rodríguez Rodríguez, Á., “La tributación...” *Op.cit.*, pp. 64-69.

iii. Sobre el carácter abierto del Fondo

El Tribunal Supremo no exige explícitamente que una IIC no armonizada sea abierta para que pueda beneficiarse del régimen fiscal aplicable a las IIC residentes, debido a que, el carácter abierto que exigían los órganos anteriores al Alto Tribunal, en sí, *no hace referencia a que sean más o menos numerosos los partícipes, como entiende el abogado del Estado, sino a la posibilidad que se debe ofrecer al partícipe o inversor de obtener de forma más o menos inmediata el reembolso del valor de las participaciones.*

iv. Sobre el capital mínimo

El Alto Tribunal, al analizar la normativa aplicable a las IIC No Residentes, no exige que los Fondos No Residentes cumplan con un capital mínimo para acceder a los beneficios fiscales. El Tribunal Supremo considera que este requisito puede variar entre distintos Estados sin afectar la capacidad del FIL para realizar inversiones en jurisdicciones diferentes a la de su origen.

v. Política de inversión, riesgos y diversificación

El Alto Tribunal analiza, como último elemento del derecho nacional, la política de inversión, los riesgos y la diversificación. Según el Tribunal, carece de relevancia considerar el nivel de riesgo de la política de inversión seguida por los FIL No Residentes, ya que dicha evaluación corresponde a la autoridad que otorga la autorización de funcionamiento y supervisión.

vi. La gestión por un Gestor de Fondos de Inversión Alternativa

Junto a los elementos del derecho nacional previamente analizados, el Alto Tribunal considera necesario examinar los elementos comunes proporcionados por el Derecho de la Unión Europea. En este sentido, un requisito fundamental para que una IIC No Residente sea comparable a un FIL Residente es que esté gestionada por un Gestor de Fondos de Inversión Alternativa (GFIA, en adelante) debidamente autorizado, conforme a los términos establecidos en la Directiva 2011/61/UE, la cual homogeneiza el régimen aplicable a estos gestores.

vii. La autorización de constitución y funcionamiento en el Estado de origen

Como segundo elemento derivado de la normativa europea, el FIL no solo debe estar gestionado por un GFIA, sino también contar con la correspondiente autorización de constitución y funcionamiento en su Estado de origen. Esto garantiza que se trata de un organismo de inversión colectiva sujeto a regulación y supervisión.

En conclusión, aunque el Tribunal Supremo establece una serie de elementos para determinar si las situaciones son objetivamente comparables, el análisis de una amplia jurisprudencia comunitaria y nacional, junto con diversas fuentes doctrinales, revela que no es posible fijar un listado cerrado de requisitos debido a la falta de cohesión en la doctrina.

En línea con la sentencia de la Audiencia Nacional analizada, lo adecuado es utilizar un marco de referencia general basado en la Directiva 2009/65/CE, dado que la comparación se centra en Fondos Residentes armonizados por esta Directiva y Fondos No Residentes no armonizados. Por tanto, el objetivo es evaluar si estos últimos pueden considerarse comparables a los primeros, teniendo en cuenta elementos como la captación de ahorro del público, la existencia de autorización y control, y la presencia de una entidad gestora, pero siempre dentro del marco general proporcionado por la normativa comunitaria.

4.2.3 Neutralización de la restricción

En relación con este último punto, conviene recordar lo expuesto en el punto 3 y en el apartado 4.1.2 del punto 4, relativo a la neutralización. A modo de resumen, se aclaraba que la neutralización es una medida cuya aplicación depende de que sea alegada por las partes en los procedimientos correspondientes. Dicha medida consiste en que el fondo reclamante haya podido deducir en su país de residencia la tributación soportada en España. En consecuencia, aunque exista una restricción que establezca un trato diferenciado entre fondos únicamente por su lugar de residencia, incluso en situaciones objetivamente comparables, dicha restricción podría considerarse justificada si se neutraliza mediante la aplicación de un CDI.

Para determinar si se ha neutralizado la restricción a la libre circulación de capitales, es fundamental conocer la tributación global soportada por el Fondo, tanto en su Estado de origen como en el Estado en el que percibe los dividendos. A partir de esta información, la neutralización exige, por la propia naturaleza del concepto, que el país en el que está constituido el Fondo permita la deducción del impuesto pagado en el Estado de origen de los dividendos⁷⁷.

⁷⁷ Rodríguez Rodríguez, Á., “La tributación...” *Op.cit.*, p. 75.

Para complementar lo anterior, el autor resalta que las circunstancias necesarias para que opere la neutralización no están presentes en el régimen jurídico tributario de las IIC constituidas en España. Es decir, si una IIC española alegara la vulneración del derecho a la libre circulación de capitales, reconocido en el artículo 63 del TFUE, en otro Estado miembro de la Unión Europea, dicho Estado no podría invocar la neutralización. Esto se debe a que el régimen tributario previsto en los artículos 57 y 58 del Texto Refundido de la LIS, así como en los artículos 53 y 54 de la propia LIS, no permiten la aplicación de ninguna medida que elimine o atenúe el impacto de la doble imposición.

Como se señaló, los tribunales de instancia han mantenido posiciones contrarias sobre a quien corresponde la carga de prueba. Para la Audiencia Nacional, la neutralización constituye una excepción cuya carga de la prueba recae sobre la Administración, al tratarse de un hecho excluyente para la recurrente, por lo que sería esta última la que debe activar los mecanismos internacionales de intercambio de información.

En línea con lo anterior, pese a que la cuestión de la carga de la prueba figura en los autos de admisión de los recursos de casación de las sentencias analizadas, el Tribunal Supremo no ha dado respuesta alguna. Es importante recordar que la argumentación expresada en la SAN, según la cual la carga de la prueba recaía sobre la Administración, se fundamentaba en la normativa nacional. No obstante, dada la naturaleza de la cuestión analizada en este trabajo, resulta necesario acudir a la normativa comunitaria.

En la STJUE de 10 de febrero de 2011, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reitera la doctrina aplicada en sentencias anteriores, según la cual la posibilidad de solicitar información a la autoridad competente de otro Estado miembro, en virtud de los mecanismos internacionales de asistencia mutua y cooperación administrativa, no implica que estas últimas estén obligadas a proporcionar la información requerida. Ni siquiera la Administración, a la que, de acuerdo con la SAN, le correspondería la carga de la prueba, estaría obligada a recurrir a estos mecanismos para conocer los impuestos pagados en el extranjero⁷⁸. Por ello, en mi opinión, debe ser el contribuyente quien aporte la documentación suficiente relativa a la tributación de los dividendos en el extranjero.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 15 de septiembre de 2011, C-310/2009 (Accor) [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2011\275]. Fecha de la última consulta: 2 de febrero de 2025.

5. CONCLUSIONES

La conclusión de este trabajo debe partir de un punto clave: el análisis del Tribunal Supremo no se apoya de manera sólida en la jurisprudencia comunitaria. Desde el inicio, el Alto Tribunal considera que la mera existencia de una restricción en la normativa española implica una discriminación, sin llevar a cabo un examen detallado de las siguientes dos etapas establecidas en la doctrina del TJUE. Esta omisión genera una interpretación incompleta que no tiene en cuenta todos los criterios relevantes para determinar si existe una verdadera vulneración del principio de libre circulación de capitales.

La pregunta central del trabajo es si la normativa nacional española discrimina a los Fondos No Residentes no armonizados por la Directiva 2009/65/CE. La respuesta no es absoluta, sino que depende de cada caso concreto. Es evidente que la normativa española puede generar un trato diferenciado entre Fondos Residentes y No Residentes, siendo más beneficiosa para los primeros. Sin embargo, este trato diferencial no implica necesariamente una discriminación prohibida, ya que el análisis debe considerar si las situaciones son objetivamente comparables y, en caso de serlo, si la diferencia de trato puede estar justificada por la aplicación de un CDI.

Desde el prisma del derecho comunitario, la evaluación debe estructurarse en tres fases diferenciadas. La primera de ellas consiste en determinar si existe una medida restrictiva a la libre circulación de capitales. En este punto, la respuesta parece clara: sí la hay. La normativa española impone una carga fiscal superior a los Fondos No Residentes por el simple hecho de su residencia, lo que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, puede ser una restricción que disuada la inversión extranjera en España.

La segunda fase del análisis, la comparabilidad objetiva, es más compleja. A lo largo del trabajo se ha puesto de manifiesto que no existe un consenso absoluto sobre qué elementos deben evaluarse para determinar si un Fondo No Residente es comparable a un Fondo Residente. Los distintos tribunales nacionales, el TJUE y la doctrina académica han ofrecido interpretaciones divergentes, lo que impide establecer un listado cerrado de requisitos. No obstante, sí es posible identificar un marco de referencia basado en la Directiva 2009/65/CE. Aunque esta normativa no es aplicable a los Fondos No armonizados, su contenido puede servir como criterio orientativo para evaluar la

comparabilidad, sin que ello implique exigir rigurosamente los mismos requisitos que la normativa nacional.

Finalmente, en la tercera fase, debe analizarse si la diferencia de trato puede estar neutralizada en el país de origen del fondo reclamante. Si el Fondo puede deducir en su Estado de residencia los impuestos pagados en España, la restricción quedaría compensada y no existiría una vulneración del derecho comunitario. Sin embargo, como se ha señalado en el desarrollo del trabajo, esta posibilidad no siempre se materializa en la práctica, lo que genera un escenario de incertidumbre jurídica para los operadores afectados.

En definitiva, la normativa española sí genera un trato diferenciado para los Fondos No Residentes, pero esto no siempre equivale a una discriminación prohibida. La clave radica en la correcta aplicación de los tres pasos señalados por la jurisprudencia comunitaria. La falta de un análisis detallado de estos elementos por parte del Tribunal Supremo puede dar lugar a resoluciones que no sean plenamente coherentes con el derecho de la Unión. Por ello, resulta fundamental que los tribunales nacionales adopten un enfoque más estructurado y alineado con la jurisprudencia comunitaria, garantizando así una aplicación más precisa del principio de libre circulación de capitales.

6. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE 16 de octubre de 1885).
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 25 de marzo de 1957 (DOUE L 326 de 26 de octubre de 2012).
- Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (DOUE C 310 16 de diciembre de 2004).
- 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 (BOE 12 de marzo de 2004).

- Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (BOE de 5 de noviembre de 2003).
- Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, relativa a la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas en materia de determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (DOUE L 302 de 17 de noviembre de 2009).
- 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 (BOE 2 de marzo de 2010).
- Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (BOE de 30 de marzo de 2010).
- Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE 28 de noviembre de 2014)

2. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 6 de junio de 2000, C-35/1998 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2000\120]. Fecha de la última consulta: 19 de enero de 2025.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 7 de septiembre de 2004, C-319/02 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2004\225]. Fecha de la última consulta: 9 de febrero de 2025.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 12 de diciembre de 2006, C-374/2004 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2006\355]. Fecha de la última consulta: 20 de enero de 2025.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 8 de noviembre de 2007, asunto C-379/05, [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE/2007/312]. Fecha de la última consulta: 9 de febrero de 2025.

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 15 de septiembre de 2011, C-310/2009 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2011\275]. Fecha de la última consulta: 2 de febrero de 2025.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 10 de mayo de 2012, C-338/2011 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. FiTJCE\2012\111]. Fecha de la última consulta: 20 de enero de 2025.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 10 de abril de 2014, asunto C-190/2012 [versión electrónica - base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2014\146]. Fecha de la última consulta: 20 de enero de 2025.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, de 17 de septiembre de 2015, asunto C-10/14 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2016\370]. Fecha de la última consulta: 9 de febrero de 2025.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, de 2 de junio de 2016, C-252/2014 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2016\178]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Séptima, de 30 de enero de 2020, C-156/2017 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2020\9]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 29 de abril de 2021, C-480/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. TJCE\2021\106]. Fecha de la última consulta: 21 de enero de 2025.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, de 17 de marzo de 2022, C-545/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JUR\2022\106348]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 1581/2019, de 13 de noviembre de 2019, Rec. 3023/2018 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ\2019\4791]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 1588/2019, de 14 de noviembre de 2019, Rec. 1344/2018 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ\2019\4949]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.
- Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, 454/2023, de 5 de abril de 2023, Rec. 7260/2021 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. RJ\2023\3221]. Fecha de la última consulta: 17 de noviembre de 2024.
- Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, de 30 de julio de 2021, Rec. 709/2019 [versión electrónica – base de datos Aranzadi. Ref. JT\2021\1045]. Fecha de la última consulta: 14 de noviembre de 2024.

3. OBRAS DOCTRINALES

- Caño Alonso, J.C., *Tributación de las instituciones de inversión colectiva y de sus accionistas o partícipes*. Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 48-49.
- Casas Jurado, A.C., *El mercado español de fondos de inversión: Análisis económico-financiero*. Universidad de Granada, Granada, 2003, p. 38.
- López Rodríguez, J., “Ayudas de Estado y libertades básicas” en PwC Tax & Legal (coord.), *Derecho europeo y sistema tributario español: una evaluación en profundidad*. Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid, 2023, pp. 531-596.
- Martín Jiménez, A. J. y Calderón Carrero, J. M., *La jurisprudencia del TJCE: los efectos del principio de no discriminación y las libertades básicas comunitarias sobre la legislación nacional en materia de imposición directa, en Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*. CISS, 2006, pp. 597-744.
- Mendoza Resco, C. y Ruiz Campo, S., *Los fondos de inversión en España: Análisis de la tipología, técnicas de gestión y métodos de inversión*. Universidad Autónoma de Madrid ediciones, Madrid, 2011, p.10.
- Pérez Royo, F. et al., *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, 16ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.

- Ribes Ribes, A., “Análisis del régimen fiscal de las Instituciones de Inversión Colectiva y de sus socios o partícipes en el sistema español”, *Crónica Tributaria*, n. 168, 2018, pp. 215-253.

- Rodríguez Rodríguez, Á., “La tributación de los dividendos percibidos por las instituciones de inversión colectiva no residentes a la luz de los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su aplicación por el Tribunal Supremo”, *Revista de Contabilidad y Tributación*. CEF, n. 501, 2024, pp. 43-82.

- Soldevilla Garcia, E., *Los fondos de inversión: Gestión y valoración*. Pirámide, Madrid, 1999, pp. 211-216.

4. RECURSOS DE INTERNET

- Asale, R.-., Discriminar | Diccionario de la Lengua Española. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario, 2014 (disponible en [https://dle.rae.es/discriminar](https://dle.rae.es/discriminar;).; última consulta 08/12/2024).

- Asale, R.-., Colectividad | Diccionario de la Lengua Española. «Diccionario de la lengua española» - Edición del Tricentenario, 2014 (disponible en <https://dle.rae.es/colectividad>.; última consulta 08/12/2024).

- Comisión Nacional del Mercado de Valores, “Fondos de inversión libre”, *CNMV* (disponible en https://www.cnmv.es/docportal/publicaciones/fichas/gr10_fondos_de_inversion_libre.pdf; última consulta 9/02/2025).