

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ089389

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 454/2023, de 5 de abril de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 7260/2021

SUMARIO:

IRNR Rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente. Dividendos. Políticas y principios del Derecho de la UE. Principio de no discriminación. Libre circulación de capitales.

Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes. Análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes ["FIL o Hedge Fund"] y las Instituciones de Inversión Colectiva ["IIC"] residentes en España. La recurrente es un fondo de inversión colectiva alternativa ("FIA") o Fondo de inversión libre, residente en Francia, bajo gestión de la sociedad gestora de fondos de inversión alternativos que solicitó mediante declaración modelo 210 la devolución de la cantidad retenida a cuenta del IRNR sobre los dividendos obtenidos por su inversión en acciones cotizadas españolas, al entender que la aplicación de la retención del 15% establecida en el Convenio de doble imposición entre España y Francia constituye una restricción a la libre circulación de capitales, ya que los fondos de inversión residentes en España tributan al 1% en el Impuesto sobre Sociedades, por lo que solicitaba la devolución de la diferencia. La sentencia recurrida comparte los argumentos respecto de la falta de acreditación por la recurrente en relación a que para la misma ha podido disponer de un crédito fiscal por aplicación del Convenio de Doble Imposición lo que también excluiría la posibilidad de considerar que se ha producido un trato discriminatorio a la no residente. La cuestión fundamental para la resolución del litigio es determinar si la actuación administrativa impugnada y, por ende, la legislación fiscal española en la que se fundamenta la misma, dispensa a los Fondos de Inversión Libre - y, por tanto Fondos de inversión no armonizados, un diferente tratamiento fiscal por razón de la condición de ser residentes o no en España y, en caso de existir este diferente trato fiscal, si con ello se vulnera la libertad de circulación de capitales que proclama el art. 63 TFUE, como una de las cuatro libertades fundamentales del Derecho de la Unión, junto con la libertad de circulación de personas y trabajadores, libertad de establecimiento y prestación de servicios y libre circulación de mercancías. La Sala fija como doctrina que la legislación del Reino de España infringe la libertad de circulación de capitales al establecer un tratamiento diferenciado no justificado entre FIL residentes y FIL no residentes en situaciones comparables, ya que reserva a los FIL residentes un tratamiento fiscal significativamente más favorable, con tributación al tipo de gravamen del 1 por ciento, en tanto los FIL no residentes tributan al tipo impositivo del 19 por ciento, o al que pueda establecer el CDI que en este caso es del 15%, cuando en ambos casos, FIL residentes y no residentes, al percibir rentas consistentes en dividendos de sociedades residentes, incurrir en una manifestación de capacidad económica idéntica, que gravan tanto el Impuesto de Sociedades como el Impuesto sobre la Renta de los No residentes. Ante la infracción originaria del derecho de la Unión Europea en que incurre la normativa española al imponer como elemento diferenciador del tratamiento tributario la residencia en España, el análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libre o no armonizados no residentes ["FIL o Hedge Fund"] y los Fondos de Inversión Libre no armonizados residentes en España, como medio para restablecer la efectividad de la libre circulación garantizada por el art. 63 TFUE, debe realizarse sobre la base de los elementos esenciales intrínsecos considerados por el legislador español para otorgar el tratamiento fiscal más beneficioso a los FIL residentes, interpretados conforme a las disposiciones del Derecho de la Unión Europea reguladoras de la gestión de los Fondos de Inversión Libre, constituida actualmente por la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos, así como por la legislación aplicable a este tipo de Fondos de Inversión Libre en su estado de residencia (o Estado de origen). En cuanto a los elementos concretos que deben tomarse en consideración a efectos del análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libre o no armonizados no residentes ["FIL o Hedge Fund"] y sus comparables residentes en España, son:

a) que se trate de entidades que capten las aportaciones de capital del público en general, sin que puedan tener tal consideración aquellas entidades que limiten el acceso a patrimonios familiares o personales, o que limiten las condiciones de acceso por requisitos subjetivos tales como la condición de pertenencia a un colectivo determinado como la de empleado de determinada empresa o administración, o componente de un determinado colectivo. No resulta relevante, en este sentido, que se limite el acceso a inversores que reúnan la condición de inversor profesional o a que se acredite un determinado nivel de formación y conocimiento del funcionamiento de los mercados de valores basado en elementos como el importe mínimo de inversión, dado que el nivel de riesgo que pueden asumir los FIL excede del que con carácter general

pueden asumir las IIC armonizadas, y que con ello no se desvirtúa el requisito de constituir un instrumento de inversión colectiva abierto.

b) que cuenten con autorización vigente de funcionamiento en su país de origen o residencia, expedido por la autoridad competente para el control y supervisión de las Instituciones de Inversión Colectiva.

c) que acrediten que están gestionados por una entidad, autorizada a su vez en su país de origen o residencia, como Gestor de Fondos de Inversión Alternativa (GFIA), en los términos de la Directiva 2011/61/UE que homogeneiza el régimen de los gestores de los FIA.

d) La carga de la prueba de que se cumplen los requisitos de comparabilidad establecidos anteriormente corresponde al FIL no residente, si bien en ausencia de una normativa nacional española que determine los concretos medios de prueba que debe aportar, no pueden ser requeridos medios de prueba o certificados que sean absolutamente conformes con los que se exigirían a los FIL residentes en España o que resulten desproporcionados o extraordinariamente difíciles de conseguir. La autoridad administrativa española, cuando dude motivadamente del satisfactorio grado de acreditación, deberá utilizar activamente las facultades de obtención de información de que disponga en virtud del Convenio sobre Doble Imposición o instrumento convencional análogo suscrito con el país de origen o residencia del FIL no residente, así como los mecanismos de intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad existentes en el Derecho de la Unión Europea, en particular la Directiva 2011/61/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. La falta injustificada de utilización de estos mecanismos de intercambio de información disponibles para la Administración debe valorarse en la distribución de la carga de la prueba, y, en su caso, permitirá que se considere suficiente la aportada de forma seria y rigurosa por el FIL no residente para acreditar todos y cada uno de los elementos de comparabilidad.

e) La neutralización de los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales producida en la legislación nacional tan sólo se podrá considerar alcanzada por el efecto de las previsiones de los Convenios de Doble imposición en aquellos casos en tales disposiciones permitan que el impuesto retenido en origen en aplicación de la normativa nacional pueda deducirse del impuesto debido en el otro Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional.

En aplicación de esta doctrina se casa y anula la sentencia recurrida, que además de fundar su decisión en que no se aportó certificado de cumplimiento de la Directiva 2009/65/CEE, pese a que el FIL reclamante puso de manifiesto que es un Fondo de Inversión Libre no armonizado, exigió unas condiciones de comparabilidad que son contrarias a esta doctrina jurisprudencial. La parte recurrente ha acreditado, de forma seria y rigurosa, que reúne todas y cada una de las condiciones de comparabilidad con los FIL residentes que tributan al 1% en el Impuesto de Sociedades por cumplir las condiciones del art. 28.5.b) TRLIS. Ha acreditado que se trata de un Fondo de Inversión Libre o alternativo constituido en Francia con arreglo a la legislación de dicho estado, y que dispone de autorización de constitución y funcionamiento vigente otorgada por la autoridad francesa competente, que es la Autorité des Marchés Financiers -"AME"-, organismo de control francés equivalente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores -"CNMV"-. También ha acreditado que constituye un patrimonio separado, que capta el capital del público en general, sin restricciones subjetivas ajenas al grado de profesionalización o cualificación de conocimientos de los inversores o a un determinado límite mínimo de la inversión que ponga de manifiesto esta cualificación. Adicionalmente ha acreditado que cuenta con número superior a 100 partícipes, si bien la legislación francesa no impone tal requisito mínimo, y que su capital en el periodo considerado es superior a 3.000.000 euros, aunque tampoco el capital mínimo requerido por la legislación francesa es menor, según certificados emitidos por la entidad gestora del fondo. En tercer lugar, ha probado que está gestionada por una entidad acreditada como Gestor de Fondos de Inversión Alternativa, Natixis Asset Management, que a su vez está autorizada en su estado de residencia, Francia, conforme a la Directiva 2011/61/UE que homogeneiza el régimen de los gestores de los FIA. Por último, el FIL recurrente ha acreditado que no está sometido en Francia al impuesto de sociedades y que no le resulta posible neutralizar los efectos de la imposición a que se ha sido sometido en España en su tributación en el país de residencia, Francia, ya que no puede deducirse los impuestos que, mediante la retención definitiva que le ha sido practicada conforme al IRNR, ha satisfecho en España. En consecuencia, cumple todas las condiciones para ser considerada en una situación comparable a la de los FIL residentes en España que tributan a un tipo de Impuesto de Sociedades del 1 por ciento, y que la única forma de restablecer la vulneración del principio de libre circulación de capitales que se ha producido al someter los dividendos que ha obtenido a un trato menos beneficioso que el que la legislación española dispensa a una entidad comparable residente en España, es la restitución del exceso de gravamen entre el 1% por ciento que soportaría por el mismo hecho imponible un FIL comparable residente en España, y el 15% que ha soportado el FIL no residente. Por consiguiente, debe declararse su derecho a la devolución por la Hacienda estatal, como ingreso indebido, de la cantidad de 86.307,14 euros, resultante de deducir a las retenciones practicadas por importe de 92.471,94 euros, la cantidad resultante del gravamen al 1%, que ascendería a 6.164,80 euros, todo ello sobre la base de los dividendos percibidos

por el FIL no residente derivados de su participación en sociedades residentes en España, que ascendieron a la suma de 616.479,57 euros. La cantidad a devolver se incrementará con los intereses legales correspondientes a la naturaleza indebida de la tributación soportada en exceso. **Voto particular.**

PRECEPTOS:

Tratado de 25 de marzo de 1957 (TFUE), arts. 18, 63, 64 y 65.
RDLeg 5/2004 (TR Ley IRNR), arts. 13, 14 y 25.
RDLeg 4/2004 (TR Ley IS), arts. 28 y 58.
Ley 35/2006 (Ley IRPF), art. 94.
Ley 35/2003 (Instituciones de Inversión Colectiva), arts.10 y 13.
Convenio de 10 de octubre de 1995 (Convenio con Francia), art. 10.
Ley 58/2003 (LGT), art. 105.
Ley 1/2000 (LEC), art. 217.

PONENTE:

Don Rafael Toledano Cantero.

Magistrados:

Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ
Don FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS
Don RAFAEL TOLEDANO CANTERO
Don DIMITRY TEODORO BERBEROFF AYUDA
Don MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 454/2023

Fecha de sentencia: 05/04/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7260/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.5

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7260/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 454/2023

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D. José Antonio Montero Fernández, presidente

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda

D.^a Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 5 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 7260/2021, promovido por Ecureuil Profil 90, representada por el procurador de los Tribunales don Manuel Álvarez-Buylla Ballesteros, bajo la dirección letrada de don Secundino, contra la sentencia dictada el 21 de julio de 2021 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Procedimiento Ordinario 1527/2019.

Comparece como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El presente recurso de casación se interpuso por Ecureuil Profil 90 contra la sentencia núm. 448/2021, de 21 de julio, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 1527/2019, en materia del impuesto sobre la renta de no residentes ["IRNR"].

Segundo.

La Sala de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo con sustento en el siguiente razonamiento:

"QUINTO: En la Sentencia, dictada en el recurso 1526/2019, el 20 de julio de 2021, ponente Sr. Gallego Laguna, se plantean por la recurrente las mismas cuestiones que las expresadas con anterioridad, en relación a otras liquidaciones del IRNR, del mismo ejercicio 2012, por lo que, por motivos de seguridad jurídica y de unidad de doctrina deben de seguirse los mismos argumentos que los expresados en dicha Sentencia.

[...]

Como se expresa en la resolución recurrida del TEAR el artículo 65.1.a) del TFUE permite conceder un trato diferente a contribuyentes diferentes. Por tanto, es claro que no puede afirmarse que haya restricción de la libertad de circulación de capitales, en términos del artículo 63 del TFUE, si la diferencia de trato obedece a diferencias objetivas entre las entidades, residentes y no residentes, cuya tributación se compara.

Debe apuntarse que si lo que pretende la entidad recurrente es su equiparación con una entidad española similar, no nos encontraríamos ante un ingreso indebido, sino ante una devolución derivada de la normativa del

tributo, que es el procedimiento que se sigue en relación con las entidades españolas, por lo que la pretensión de que se considerase como ingreso indebido debe ser desestimada, ya que no puede equipararse la situación de los periodos anteriores a 2011 con la de los periodos posteriores en los que se ha producido la adaptación de las normas españolas a las Directivas referidas, regulándose un procedimiento para la devolución, por lo que se trata de una devolución derivada de la normativa del tributo. Siendo precisamente este último el procedimiento seguido por la recurrente mediante la presentación de los modelos 210.

Respecto de las alegaciones de la demanda sobre que el Convenio de Doble Imposición vigente entre España y Francia contiene una cláusula de intercambio de información, es necesario tener en cuenta que dicha cláusula no determina que la demandante no recaiga en la recurrente la carga de la prueba de sus concretas circunstancias a efectos de valorar la comparabilidad, dada que es la que dispone de la documentación precisa para poder justificar la comparabilidad. Ya que tampoco justifica los documentos que haya presentado a la autoridad francesa que pudieran justificar tal comparabilidad y que podrían remitirse a la autoridad española por la mencionada cláusula de intercambio de información. Por ello la mencionada cláusula no excluye la posibilidad de aplicar las excepciones del artículo 65 del TFUE.

[...]

En cuanto a la comparabilidad, aunque efectivamente la similitud no significa igualdad, la exigencia de acreditación de existencia de un número mínimo de 100 partícipes o accionistas, la tenencia de un patrimonio o capital social mínimo de 3.000.000 (2.400.000 si se tratase de una SICAV), o de cumplimiento de requisitos relativos al objeto de las inversiones conforme a la normativa interna española no suponen exigir la identidad entre el fondo no residente y el residente en España, pues, de lo contrario lo que ocurriría es que se da un trato más ventajoso a las entidades no residentes que a las entidades españolas, ya que se estaría exigiendo a estas últimas mayores requisitos o requisitos más estrictos, que a las no residentes. Lo cual entra en las excepciones previstas, antes citadas en el TFUE.

[...]

Frente a las alegaciones de la demanda, esta Sala comparte los argumentos de la resolución recurrida respecto de la falta de acreditación por la recurrente en relación a que para la misma ha podido disponer de un crédito fiscal por aplicación del Convenio de Doble Imposición lo que también excluiría la posibilidad de considerar que se ha producido un trato discriminatorio a la no residente.

De igual manera, debe desestimarse la pretensión formulada en forma subsidiaria, porque la aplicación de la bonificación del 50% sobre un tipo del 30% a las entidades españolas resulta un 15% igual al aplicado al 15% resultante de aplicar el Convenio de Doble Imposición con Francia, por lo que no se produce ninguna discriminación a la sociedad no residente. [...]"

El procurador de la mercantil preparó recurso de casación contra la meritada sentencia mediante escrito presentado el 5 de octubre de 2021, identificando como normas legales que se consideran infringidas los artículos 18, 63, 64 y 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ["TFUE"], tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ["TJUE"]; y los artículos 105 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria ["LGT"] y 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. También denuncia la vulneración de la jurisprudencia del TJUE sobre la libertad fundamental de circulación de capitales y la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia.

La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 7 de octubre de 2021.

Tercero.

Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes para comparecer ante esta Sala, por auto de 15 de junio de 2022, la Sección de Admisión de esta Sala acuerda:

"2º) Las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

2.1. Determinar si el análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes ["FIL o Hedge Fund"] y las Instituciones de Inversión Colectiva ["IIC"] residentes en España, al objeto de aplicar el artículo 63 TFUE, debe realizarse conforme a la legislación española de fuente interna aplicable a los fondos de inversión libre, conforme a la Directiva 2009/65/CE, o conforme a la legislación aplicable a este tipo de Fondos de Inversión Libres en el Estado de residencia (o Estado de origen).

2.2. Precisar qué parámetros deben tenerse en consideración a efectos del análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes ["FIL o Hedge Fund"] y las Instituciones de Inversión Colectiva ["IIC"] residentes en España, en particular, si debe tenerse en cuenta la existencia de autorización previa de la constitución del Fondo de Inversión Libre no armonizado y su mantenimiento en el tiempo, número de partícipes, patrimonio o capital social mínimo, carácter abierto del Fondo permitiendo el acceso a cualquier inversor,

objeto de las inversiones, diversificación de riesgos y el diferimiento de la tributación de todo tipo de rentas obtenidas por la IIC hasta el momento de su llegada efectiva a los partícipes o inversores finales.

2.3. Aclarar a quién corresponde la carga de la prueba de que se cumplen los requisitos de comparabilidad, y, en particular, de que en su caso se ha neutralizado el trato discriminatorio por el eventual juego de lo dispuesto en el Convenio bilateral suscrito entre España y el país de residencia del Fondo de Inversión Libre, que determine que el fondo reclamante haya podido deducir en su país de residencia la tributación soportada en España, neutralizando así los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación:

3.1. Los artículos 63 y 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3.2. Los artículos 13.1.f), 14.1.1), 25, 31.2 y 58 del 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.

3.3. El artículo 10 del Convenio entre el Reino de España y la República de Francia a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995.

3.4. El artículo 28.5 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

3.5. El artículo 94 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

3.6. El artículo 105 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

3.7. El artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA".

Cuarto.

Notificada la anterior resolución a las partes personadas y dentro del plazo fijado en el art. 92.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ["LJCA"], la representación de Ecureuil Profil 90, mediante escrito registrado el 1 de septiembre de 2022, interpuso el recurso de casación en el que, en respuesta a la primera cuestión que se plantea en el auto de admisión, razona que "[a]nte tales circunstancias (existencia de un vacío legal y de múltiples instrumentos de intercambio de información en manos de la AEAT), entendemos que la conclusión respecto de la carga de la prueba de la comparabilidad no puede ser otra que la que viene adoptando esa Sala en los recursos sobre los que ha tenido ocasión de pronunciarse: bastará con que el fondo intente acreditar "seria y rigurosamente" la equivalencia con sus homólogos residentes (en los términos que ya se han señalado) para que la carga de la prueba se entienda desplazada hacia la Administración que, en caso de duda, deberá recabar la información necesaria de las autoridades del país de residencia del fondo" (pág. 8 del escrito de interposición).

Sobre la segunda cuestión casacional relativa a quién corresponde la carga de la prueba de que, en su caso, se ha neutralizado el trato discriminatorio por el eventual juego de lo dispuesto en el CDI suscrito entre España y el país de residencia del FIL, a su juicio, "[...] el planteamiento de esta cuestión parte de un presupuesto erróneo, esto es, que la restricción de la libertad de circulación de capitales provocada por el trato discriminatorio que la norma española dispensa a los fondos de inversión no residentes podría quedar justificada si se acredita su neutralización por aplicación del CDI suscrito con el Estado de residencia del fondo y por la eventual deducción en dicho Estado de la tributación excesiva soportada en España". Pese a ello concluye que "[...] a la vista de los pronunciamientos emitidos tanto por el TJUE como por esa Sala a la fecha de presentación de este escrito, la eventual neutralización en el Estado de residencia del fondo del exceso impositivo sufrido en España no puede justificar dicha infracción a la libre circulación de capitales prohibida por el art. 63.1 TFUE]" (págs. 13 y 17).

Y, por último, argumenta que "[...] la respuesta a la tercera cuestión planteada en el Auto de admisión, en cuanto a la llamada "teoría de la neutralización", debe ser que, a los efectos de determinar si procede devolver al fondo de inversión no residente en España las cantidades retenidas en exceso como consecuencia de la infracción del art. 63 TFUE, no resulta relevante el hecho de que el fondo reclamante haya podido deducir en su Estado de residencia dicho exceso de tributación, puesto que lo relevante no es el reembolso de lo pagado en España, sino si debió o no pagar en España, y ser sometido a retención, cuando las entidades residentes tienen un régimen más favorable". Con carácter subsidiario, aduce que, "[...] tratándose de un hecho excluyente, correspondería a la Administración la carga de probar que el exceso impositivo soportado en España por el fondo reclamante ha sido íntegramente neutralizado en su Estado de residencia por el propio fondo (sin que resulte relevante la tributación en niveles superiores de participación), haciendo uso a tal efecto de los correspondientes mecanismos de intercambio de información" (págs. 18-19).

Finalmente solicita a la Sala que "[...] dicte Sentencia por la que anule íntegramente la Sentencia impugnada y los actos administrativos por ella confirmados y, en definitiva, reconozca el derecho a la devolución instada por [su] representado junto con los correspondientes intereses de demora".

Quinto.

Conferido traslado de la interposición del recurso a la parte recurrida, el abogado del Estado presenta, el día 23 de septiembre de 2022, escrito de oposición en el que, a la vista de los términos en que la cuestión aparece planteada en el auto de admisión del recurso de casación, solicita de la Sala que fije la siguiente doctrina:

"- El análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes ["FIL o Hedge Fund"] y las Instituciones de Inversión Colectiva ["IIC"] residentes en España, al objeto de aplicar el artículo 63 TFUE, debe realizarse conforme a la legislación española de fuente interna aplicable a los fondos de inversión libre.

- Los parámetros deben tenerse en consideración en el análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes ["FIL o Hedge Fund"] y las Instituciones de Inversión Colectiva ["IIC"] residentes en España, son, fundamentalmente, el número de partícipes, el patrimonio o capital mínimo y el carácter abierto del fondo.

- La carga de la prueba de que se cumplen los requisitos de comparabilidad, y, en particular, de que en su caso se ha neutralizado el trato discriminatorio por el eventual juego de lo dispuesto en el Convenio bilateral suscrito entre España y el país de residencia del Fondo de Inversión Libre, que determine que el fondo reclamante haya podido deducir en su país de residencia la tributación soportada en España, neutralizando así los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales, corresponde al Fondo de inversión no residente" (págs. 25-26 del escrito de oposición).

Por ello suplica a la Sala que "[...] dicte sentencia por la que desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida por ser ajustada a Derecho".

Sexto.

Evacuados los trámites y de conformidad con lo previsto en el art. 92.6 de la LJCA, al considerar innecesaria la celebración de vista pública, se declararon conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 10 de enero de 2023, si bien ante la complejidad del asunto, la Sección ha seguido deliberando el mismo hasta el día 14 de febrero en que se ha procedido a la votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Objeto del recurso de casación.

Se impugna en el presente recurso de casación la sentencia núm. 448/2021, de 21 de julio, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 1527/2019, interpuesto por la representación del Fondo de Inversión Ecureuil Profil 90, bajo gestión de la sociedad gestora de fondos de inversión alternativos Natixis Asset Management, contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, de fecha 26 de julio de 2019, que desestimó la reclamación económico-administrativa 28-14612-2016, formulada frente al acuerdo de liquidación provisional dictado por la AEAT, referencia 201221098520140S, en relación al concepto de Impuesto sobre la Renta de No Residentes sin establecimiento permanente, del ejercicio 2012, por importe de 86.307,14 euros.

Segundo.

Antecedentes del litigio.

1. La demandante en la instancia, y aquí recurrente, Ecureuil Profil 90, es un fondo de inversión colectiva alternativa ("FIA") o Fondo de inversión libre, residente en Francia, bajo gestión de la sociedad gestora de fondos de inversión alternativos (GFIA) Natixis Asset Management. Ecureuil Profil 90 cuenta con un certificado de residencia fiscal a los efectos del Convenio de Doble Imposición suscrito entre España y Francia y que opera sujeto al régimen de autorización, registro, supervisión, inspección y sanción por parte de la autoridad supervisora de un Estado miembro de la UE [en este caso, por la Autorité des Marchés Financiers -["AME"]-, organismo de control francés equivalente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores -["CNMV"]-].

2. Dado que la actora es un fondo de inversión no armonizado o Fondo de inversión libre, no está incluido en el ámbito de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y el 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, Directiva que se refiere a los fondos armonizados.

3. Ecureuil Profil 90 solicitó el día 15 de febrero de 2016, mediante la presentación de declaración Modelo 210, la devolución parcial de la cantidad que le fue retenida a cuenta del Impuesto sobre la Renta de No residentes (IRNR) en el ejercicio de 2012, sobre los dividendos obtenidos por su inversión en acciones cotizadas españolas, al entender que la aplicación de la retención del 15 por ciento aplicada, que fue la establecida en el Convenio de doble imposición entre España y Francia, constituye una restricción a la libre circulación de capitales. En vía administrativa sostuvo que con esta tributación recibió un trato desigual no justificado respecto a los fondos de inversión comparables residentes en España, ya que los fondos de inversión residentes en España tributan al 1% en el Impuesto sobre Sociedades. Por consiguiente, solicitó la devolución de la diferencia de 86.307,14 euros, resultante de deducir a las retenciones por importe de 92.471,94 euros practicadas, la cantidad resultante del gravamen al 1%, que ascendería a 6.164,80 euros, todo ello sobre la base de los dividendos percibidos que ascendieron a la suma de 616.479,57 euros.

4. El órgano gestor inició un procedimiento de comprobación limitada dirigido a verificar que el contribuyente cumplía los requisitos para que se le aplique la normativa indicada, verificar la residencia fiscal y comprobar que los justificantes aportados prueban que los rendimientos declarados han sido objeto de la retención cuya devolución se solicita. Posteriormente, el órgano gestor notificó el correspondiente acuerdo de liquidación provisional, mediante el cual desestimó la solicitud formulada por considerar que no se ha acreditado que la contribuyente cumpliera los requisitos de la citada Directiva 2009/65/CE.

5. Frente a dicha resolución, la interesada presentó reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional ["TEAR"] de Madrid, siendo desestimada por acuerdo de 26 de julio de 2019.

6. Disconforme con dicho acuerdo, la reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo núm. 1527/2019 ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso.

La citada sentencia constituye el objeto del presente recurso de casación.

Tercero.

La cuestión de interés casacional.

En el auto de 15 de junio de 2022 de la Sección primera de esta Sala se acordó la admisión del presente recurso de casación para examinar la siguiente cuestión de interés casacional:

"2º) Las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

2.1. Determinar si el análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes ["FIL o Hedge Fund"] y las Instituciones de Inversión Colectiva ["IIC"] residentes en España, al objeto de aplicar el artículo 63 TFUE, debe realizarse conforme a la legislación española de fuente interna aplicable a los fondos de inversión libre, conforme a la Directiva 2009/65/CE, o conforme a la legislación aplicable a este tipo de Fondos de Inversión Libres en el Estado de residencia (o Estado de origen).

2.2. Precisar qué parámetros deben tenerse en consideración a efectos del análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes ["FIL o Hedge Fund"] y las Instituciones de Inversión Colectiva ["IIC"] residentes en España, en particular, si debe tenerse en cuenta la existencia de autorización previa de la constitución del Fondo de Inversión Libre no armonizado y su mantenimiento en el tiempo, número de partícipes, patrimonio o capital social mínimo, carácter abierto del Fondo permitiendo el acceso a cualquier inversor, objeto de las inversiones, diversificación de riesgos y el diferimiento de la tributación de todo tipo de rentas obtenidas por la IIC hasta el momento de su llegada efectiva a los partícipes o inversores finales.

2.3. Aclarar a quién corresponde la carga de la prueba de que se cumplen los requisitos de comparabilidad, y, en particular, de que en su caso se ha neutralizado el trato discriminatorio por el eventual juego de lo dispuesto en el Convenio bilateral suscrito entre España y el país de residencia del Fondo de Inversión Libre, que determine que el fondo reclamante haya podido deducir en su país de residencia la tributación soportada en España, neutralizando así los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación:

3.1. Los artículos 63 y 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

3.2. Los artículos 13.1.f), 14.1.1), 25, 31.2 y 58 del 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.

3.3. El artículo 10 del Convenio entre el Reino de España y la República de Francia a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995.

3.4. El artículo 28.5 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

3.5. El artículo 94 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

3.6. El artículo 105 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

3.7. El artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA".

Cuarto.

Argumentación de la sentencia recurrida.

La argumentación de la sentencia recurrida se contiene en el fundamento de derecho quinto, en el que, haciendo mención a la sentencia dictada por la misma Sala y Sección en la misma fecha en el recurso núm. 1556/2019 (ES:TSJM:2021:10531), desestima el recurso planteado sobre la base de los siguientes argumentos:

"[...] En el presente caso se debe destacar, en primer lugar, que el IIC demandante es un fondo de inversión no armonizado o de inversión libre, como reconoce en la demanda. Por ello no puede considerarse incluido en la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, que, como señala la Administración demandada, se refiere a los fondos armonizados. En este sentido, la demandante no aporta documento alguno que certifique que se encuentre incluido en la mencionada Directiva 2009/65/CE.

En cuanto a las alegaciones de la demanda sobre la Directiva 2011/61/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2011, hay que poner de manifiesto que dicha directiva es relativa a los gestores de fondos de inversión, lo que no se puede confundir con el propio fondo, ya que la entidad gestora puede gestionar distintos tipos de fondos, armonizados o no armonizados, pero ello no supone que la recurrente, que no es la entidad gestora, cumpla los requisitos a efectos de comparabilidad.

Como se expresa en la resolución recurrida del TEAR, el artículo 65.1.a) del TFUE permite conceder un trato diferente a contribuyentes diferentes. Por tanto, es claro que no puede afirmarse que haya restricción de la libertad de circulación de capitales, en términos del artículo 63 del TFUE, si la diferencia de trato obedece a diferencias objetivas entre las entidades, residentes y no residentes, cuya tributación se compara.

Debe apuntarse que si lo que pretende la entidad recurrente es su equiparación con una entidad española similar, no nos encontraríamos ante un ingreso indebido, sino ante una devolución derivada de la normativa del tributo, que es el procedimiento que se sigue en relación con las entidades españolas, por lo que la pretensión de que se considerase como ingreso indebido debe ser desestimada, ya que no puede equipararse la situación de los periodos anteriores a 2011 con la de los periodos posteriores en los que se ha producido la adaptación de las normas españolas a las Directivas referidas, regulándose un procedimiento para la devolución, por lo que se trata de una devolución derivada de la normativa del tributo. Siendo precisamente este último el procedimiento seguido por la recurrente mediante la presentación de los modelos 210.

Respecto de las alegaciones de la demanda sobre que el Convenio de Doble Imposición vigente entre España y Francia contiene una cláusula de intercambio de información, es necesario tener en cuenta que dicha cláusula, no determina que la demandante no recaiga en la recurrente la carga de la prueba de sus concretas circunstancias a efectos de valorar la comparabilidad, dada que es la que dispone de la documentación precisa para poder justificar la comparabilidad. Ya que tampoco justifica los documentos que haya presentado a la autoridad francesa que pudieran justificar tal comparabilidad y que podrían remitirse a la autoridad española por la mencionada cláusula de intercambio de información. Por ello la mencionada cláusula no excluye la posibilidad de aplicar las excepciones del artículo 65 del TFUE.

Por otro lado, una vez efectuada la transposición de la Directiva citada, ya no se da la circunstancia valorada en las sentencias del Tribunal Supremo referidas por la demandante, pues la norma española ya regula la posibilidad de exceso sobre el impuesto finalmente debido y prevé un mecanismo ordinario para su recuperación por el no residente, por lo que es necesario valorar la prueba de la comparabilidad. Es decir, ya no existe una discriminación en la norma desde el momento en que ante entidades similares, se establece un trámite que permite la devolución de la tributación en exceso aplicada por vía de retenciones a las entidades no residentes.

Hay que tener en cuenta, en cuanto a las alegaciones y sentencias citadas por la recurrente, sobre la justificación de la comparabilidad, que si bien, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, no puede exigirse a las entidades no residentes en la Unión Europea, como las residentes en EE.UU. a las que se refieren las sentencias del tribunal supremo, que por las autoridades del EE.UU. se justificara el cumplimiento de los requisitos de las normas de la Unión Europea, tal circunstancia no concurre en la recurrente, pues se trata de una entidad

residente en Francia, por lo que las autoridades francesas si pueden certificar si la recurrente cumple o no los requisitos de la Directiva antes citada.

En cuanto a la comparabilidad, aunque efectivamente la similitud no significa igualdad, la exigencia de acreditación de existencia de un número mínimo de 100 partícipes o accionistas, la tenencia de un patrimonio o capital social mínimo de 3.000.000 (2.400.000 si se tratase de una SICAV), o de cumplimiento de requisitos relativos al objeto de las inversiones conforme a la normativa interna española no suponen exigir la identidad entre el fondo no residente y el residente en España, pues, de lo contrario lo que ocurriría es que se da un trato más ventajoso a las entidades no residentes que a las entidades españolas, ya que se estaría exigiendo a estas últimas mayores requisitos o requisitos más estrictos, que a las no residentes. Lo cual entra en las excepciones previstas, antes citadas en el TFUE.

Por otro lado, en cuanto a las alegaciones de que se trata de una materia armonizada, precisamente se ha transpuesto la Directiva de 2009 y la recurrente no ha justificado en forma alguna que se encuentre amparada por dicha Directiva.

Respecto de los documentos aportados en orden a acreditar la comparabilidad, hay que precisar que el documento a que se alude en la demanda sobre si ECUREUIL PROFIL 90 tiene más de 100 partícipes o accionistas y un patrimonio o capital social mínimo de 3.000.000 €, en necesario puntualizar que dicho documento es emitido por la entidad gestora de la propia demandante, y en el mismo no se precisa cual es el número de partícipes en el año 2012 ni el capital social en ese periodo, siendo una manifestación genérica en la que se indica que "...a nuestro leal saber y entender, ECUREUIL PROFIL 90 tiene más de 100 partícipes o accionistas y un patrimonio o capital social de al menos 3.000.000 €. Esta declaración es aplicable al período comprendido entre el 11 de Junio de 2004 hasta la actualidad.". Es decir, no trata de una certificación emitida por la autoridad francesa competente, no pudiendo considerarse suficiente a los efectos de acreditar el cumplimiento de similares requisitos a los requeridos para las entidades españolas.

En cuanto al certificado emitido por la Autorité des marchés financiers ("AMF"; Autoridad de los Mercados Financieros), en el mismo se indica que "Certifica que el OIC de tipo Fondo de inversión con vocación generalista denominado ECUREUIL PROFIL 90 fue autorizado el 02/04/2004 con autorización número FCP20040223 y fue constituido con arreglo al Code monétaire et financier (Código monetario y financiero), y conforme a sus decretos de desarrollo, el Reglamento general de la AMF y su instrucción de aplicación."

Seguidamente expresa que "El OIC está gestionado por la sociedad gestora de cartera NATIXIS ASSET MANAGEMENT autorizada por la AMF el 22/05/1990 con el número GP90009L.

El depositario del OIC es CACEIS BANK FRANCE que está autorizado al efecto en virtud de orden ministerial de 6 de septiembre de 1989."

Por tanto, dicho certificado de la autoridad francesa, expedido el 27/10/2014, no justifica el cumplimiento de la Directiva 2009/65/CE, ni tampoco acredita que cumpliera requisitos semejantes a los establecidos en las normas españolas para las entidades residentes en España.

Respecto al resto de los documentos aportados por la demandante, no puede considerarse que justifiquen que se encuentre en una situación similar a las de la entidades residentes en España a los efectos de la comparabilidad, pues el informe de la entidad Garrigues, en el cabe destacar que la única firma que aparece es la del mismo abogado que firma la demanda del presente recurso D. Secundino, es decir, de la misma parte demandante y constituye una apreciación que no prueba la concreta similitud, ya que realiza unas valoraciones entre las legislaciones francesa y española de las que concluye unas apreciaciones no apoyadas en jurisprudencia, ya que, a modo de ejemplo, que se considere lo que constituye o no un elemento definidor de la naturaleza de los FIA y de los FIL resulta una apreciación carente de base normativa ni jurisprudencial. El hecho de que tanto la normativa española como la francesa permitan la existencia de fondos de inversión no armonizados no lleva a concluir que entre ellos exista similitud, pues puede existir o no y esa similitud debe probarla la entidad que la pretende, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 105.1 de la Ley General Tributaria.

En cuanto al informe de INVERCO tampoco prueba la concreta similitud de la entidad recurrente con las entidades españolas, tratándose de un informe genérico, no concretando la situación precisa de la demandante.

Frente a las alegaciones de la demanda, esta Sala comparte los argumentos de la resolución recurrida respecto de la falta de acreditación por la recurrente en relación a que para la misma ha podido disponer de un crédito fiscal por aplicación del Convenio de Doble Imposición lo que también excluiría la posibilidad de considerar que se ha producido un trato discriminatorio a la no residente.

De igual manera, debe desestimarse la pretensión formulada en forma subsidiaria, porque la aplicación de la bonificación del 50% sobre un tipo del 30% a las entidades españolas resulta un 15% igual al aplicado al 15% resultante de aplicar el Convenio de Doble Imposición con Francia, por lo que no se produce ninguna discriminación a la sociedad no residente [...]"

Quinto.

Marco normativo.

La cuestión fundamental para la resolución del litigio es determinar si la actuación administrativa impugnada y, por ende, la legislación fiscal española en la que se fundamenta la misma, dispensa a los Fondos de Inversión Libre - y, por tanto Fondos de inversión no armonizados, un diferente tratamiento fiscal por razón de la condición de ser residentes o no en España y, en caso de existir este diferente trato fiscal, si con ello se vulnera la libertad de circulación de capitales que proclama el art. 63 TFUE, como una de las cuatro libertades fundamentales del Derecho de la Unión, junto con la libertad de circulación de personas y trabajadores, libertad de establecimiento y prestación de servicios y libre circulación de mercancías.

El marco normativo relevante para la resolución del presente litigio es el siguiente: los artículos 63 y 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ["TFUE"]; los artículos 13.1.f) y 14.1.l) del 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 ["TRLIRNR"]; 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 ["OICVM"] y la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos ["CE"] nº 1060/2009 y ["UE"] nº 1095/2010; los artículos 25 y 31.2 del TRLIRNR, en relación con el artículo 10 del Convenio celebrado entre el Reino de España y la República de Francia, para evitar la doble imposición, de 10 de octubre de 1995 ["CDI"], en relación con el artículo 28.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades ["TRLIS"], aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo; y los artículos 105 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El art. 63 del TFUE consagra la libertad de circulación de capitales: "[...] 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 [...]".

Por otra parte, el art. 18 del TFUE establece que "[...] 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".

En conexión con la libertad de circulación de capitales del art. 63 TFUE, el art. 65. 1 precisa:

"[...] 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; [...]

[...]

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 [...]."

Por lo que se refiere al derecho español, el Artículo 1 del TRLIRNR dispone "[...] 1. Naturaleza y objeto. El Impuesto sobre la Renta de no Residentes es un tributo de carácter directo que grava la renta obtenida en territorio español por las personas físicas y entidades no residentes en éste [...]" y el artículo 5, relativo a los sujetos pasivos a título de contribuyentes establece que, entre otros, "[...] Son contribuyentes por este impuesto: a) Las personas físicas y entidades no residentes en territorio español conforme al artículo 6 que obtengan rentas en él, salvo que sean contribuyentes por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas [...]".

Respecto al hecho imponible se describe en el artículo 12: "[...] Hecho imponible. 1. Constituye el hecho imponible la obtención de rentas, dinerarias o en especie, en territorio español por los contribuyentes por este impuesto, conforme a lo establecido en el artículo siguiente. [...]". Y en la enumeración de las rentas es de reseñar lo dispuesto en el art. 13.1.f) del TRLIRNR que establece:

"1. Se consideran rentas obtenidas en territorio español las siguientes:

[...]

f) Los siguientes rendimientos de capital mobiliario:

1.º Los dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de entidades residentes en España, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 118 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.

[...]"

En cuanto a las exenciones, el art. 14 TRLIRNR, dispone:

"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 español.

Lo dispuesto en este apartado se aplicará igualmente a las instituciones de inversión colectiva residentes en los Estados integrantes del Espacio Económico Europeo siempre que estos hayan suscrito un convenio con España para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria".

Y respecto a la cuota tributaria según el art. 25.1.f) TRLIRNR:

"1. La cuota tributaria se obtendrá aplicando a la base imponible determinada conforme al artículo anterior, los siguientes tipos de gravamen:

[...]

f) El 19 por ciento cuando se trate de:

1.º Dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de una entidad.

2.º Intereses y otros rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios.

3.º Ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales".

Sobre la obligación de practicar retención a cuenta, el art. 31.2 TRLIRNR establece:

"2. Los sujetos obligados a retener deberán retener o ingresar a cuenta una cantidad equivalente a la que resulte de aplicar las disposiciones previstas en esta Ley para determinar la deuda tributaria correspondiente a los contribuyentes por este impuesto sin establecimiento permanente o las establecidas en un convenio para evitar la doble imposición que resulte aplicable, sin tener en consideración lo dispuesto en los artículos 24.2, 24.6, 26 y 44.

Sin perjuicio de lo anterior, para el cálculo del ingreso a cuenta se estará a lo dispuesto reglamentariamente.

[...]

3. Los sujetos obligados a retener o a ingresar a cuenta asumirán la obligación de efectuar el ingreso en el Tesoro, sin que el incumplimiento de aquella obligación pueda excusarles de ésta.

4. No procederá practicar retención o ingreso a cuenta respecto de:

a) Las rentas que estén exentas en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 o en un convenio para evitar la doble imposición que resulte aplicable, sin perjuicio de la obligación de declarar prevista en el apartado 5 de este artículo.

No obstante lo anterior, sí existirá obligación de practicar retención o ingreso a cuenta respecto de las rentas a las que se refieren las letras j), k) y l) del apartado 1 del artículo 14.

No existirá obligación de presentar declaración respecto de los rendimientos a que se refiere el artículo 14.1 d).

[...]

5. El sujeto obligado a retener y a practicar ingresos a cuenta deberá presentar declaración y efectuar el ingreso en el Tesoro en el lugar, forma y plazos que se establezcan, de las cantidades retenidas o de los ingresos a cuenta realizados, o declaración negativa cuando no hubiera procedido la práctica de éstos. Asimismo, presentará un resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta con el contenido que se determine reglamentariamente.

El sujeto obligado a retener y a practicar ingresos a cuenta estará obligado a conservar la documentación correspondiente y a expedir, en las condiciones que se determinen, certificación acreditativa de las retenciones o ingresos a cuenta efectuados.

6. Lo establecido en este artículo se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25.2".

En cuanto al Impuesto de Sociedades, el artículo 4, relativo al hecho imponible establece que "[...] 1. Constituirá el hecho imponible la obtención de renta, cualquiera que fuese su fuente u origen, por el sujeto pasivo [...]", y el art. 7 define los sujetos pasivos estableciendo que:

"Artículo 7. 1. Serán sujetos pasivos del impuesto, cuando tengan su residencia en territorio español:

[...]

b) Los fondos de inversión, regulados en la Ley de instituciones de inversión colectiva [...].

El art. 28.5 del Real Decreto legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, establece, como una de las excepciones al tipo general de gravamen del 35 por ciento, un tipo de gravamen especialmente reducido del 1 por ciento aplicable a los fondos de inversión de carácter financiero, obviamente a los residentes en España en tanto que sujetos pasivos del IS, en los siguientes términos:

"[...] 28. El tipo de gravamen.

[...]

5. Tributarán al tipo del 1 por ciento:

a) Las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, siempre que el número de accionistas requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.4.

b) Los fondos de inversión de carácter financiero previstos en la citada Ley, siempre que el número de partícipes requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 5.4".

El art. 10 del CDI entre España y la Republica de Francia es del siguiente tenor:

"Artículo 10. Dividendos.

1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado.

2. a) Los dividendos mencionados en el apartado 1 pueden también someterse a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos y según la legislación de este Estado, pero si el perceptor de los dividendos es el beneficiario efectivo, el impuesto así exigido no podrá exceder del 15 por 100 del importe bruto de los dividendos.

b) Sin embargo, estos dividendos solo pueden someterse a imposición en el Estado contratante del que el beneficiario efectivo es residente, si este es una sociedad sometida al impuesto de sociedades que sea:

i) Un residente de Francia que detente directamente al menos el 10 por 100 del capital de la sociedad que pague los dividendos, o

ii) Un residente de España que detente una participación sustancial en la sociedad que pague los dividendos.

Las disposiciones del presente apartado no afectan a la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los que se paguen los dividendos.

3. a) Un residente de España que perciba de una sociedad que es residente de Francia dividendos de los que es el beneficiario efectivo y que darían derecho a un "crédito fiscal" ("avoir fiscal") si fueran percibidos por un residente de Francia, tendrá derecho a un pago del Tesoro francés, por un importe igual al citado "crédito fiscal" ("avoir fiscal"), sin perjuicio del impuesto previsto en la letra a) del apartado 2 del presente artículo.

b) Las disposiciones de la letra a) del presente apartado solo se aplican a un residente de España que sea:

i) Una persona física, o

ii) Una sociedad que no detente una participación sustancial en la sociedad que paga los dividendos.

c) Las disposiciones de la letra a) del presente apartado solo se aplican al beneficiario efectivo de los dividendos que esté sometido al impuesto español por razón de estos dividendos y del pago del Tesoro francés.

d) En el caso de una sociedad, las disposiciones de la letra a) del presente apartado no se aplican si la sociedad que es la beneficiaria efectiva de los dividendos no es la propietaria de la participación por la cual se pagan los dividendos o si la detentación de esta participación tiene como objeto principal, o como uno de sus principales objetos, permitir a otra persona, residente o no de un Estado contratante, obtener las ventajas de las disposiciones de la letra a) del presente apartado.

e) Salvo que no obtenga el beneficio del pago del Tesoro francés contemplado en la letra a) del presente apartado, un residente de España que perciba dividendos pagados por una sociedad que sea residente de Francia puede obtener el reembolso de la retención ("précompte") en la medida en que esta haya sido efectivamente ingresada por la sociedad por razón de estos dividendos. Las disposiciones del apartado 2 se aplicarán al importe bruto de dicha retención.

f) Los importes brutos del pago del Tesoro francés y de la retención contemplados en las letras a) y e) del presente apartado se consideran como dividendos a los efectos de la aplicación del presente Convenio.

4. a) El término "dividendos" empleado en el presente artículo significa los rendimientos de las acciones, acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas sometidas al régimen de distribución de beneficios por la legislación fiscal del Estado contratante en que resida la sociedad que las distribuya.

b) A efectos de las disposiciones de la letra b).ii) del apartado 2 y de la letra b).ii) del apartado 3, se considera que una sociedad detenta una participación sustancial en la sociedad que paga los dividendos cuando detente directa o indirectamente, al menos, el 10 por 100 del capital de esta última.

5. Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 no se aplican si el beneficiario efectivo de los dividendos, residente de un Estado contratante, ejerce en el otro Estado contratante, del que es residente la sociedad que paga los dividendos, una actividad industrial o comercial a través de un establecimiento permanente aquí situado, o presta unos trabajos independientes por medio de una base fija aquí situada, con los que la participación que genera los dividendos esté vinculada efectivamente. En estos casos se aplican las disposiciones del artículo 7 o del artículo 14, según proceda.

6 Cuando una sociedad residente de un Estado contratante obtenga beneficios o rentas procedentes del otro Estado contratante, este otro Estado no puede exigir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que estos dividendos sean pagados a un residente de este otro Estado o la participación que genere los dividendos esté vinculada efectivamente a un establecimiento permanente o a una base fija situada en ese otro Estado, ni someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los mismos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de este otro Estado".

Por su parte, el art. 217 LEC establece las normas generales sobre carga de la prueba en los procedimientos judiciales y el 105 LGT aborda esa misma cuestión en el ámbito de los procedimientos tributarios.

En cuanto al Derecho de la Unión Europea, además de las previsiones sobre la libertad de circulación de capitales, y no discriminación por razón de la nacionalidad antes reseñadas (art. 63, 18 y 65 TFUE), es necesario hacer mención a varios preceptos relevantes de las Directivas 2009/65/CE y 2011/61/UE. Respecto a la primera, el artículo 1, apartados 1 a 3, de 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 (OICVM), dispone:

"1. La presente Directiva se aplica a los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM) establecidos en el territorio de los Estados miembros.

2. Para los fines de la presente Directiva y sin perjuicio del artículo 3, se entenderá por "OICVM" los organismos:

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.

Los Estados miembros podrán permitir que los OICVM se compongan de distintos compartimentos de inversión.

3. Los organismos a que se refiere el apartado 2 podrán revestir la forma contractual (fondos comunes de inversión gestionados por una sociedad de gestión) o de trust (unit trust), o la forma estatutaria (sociedad de inversión).

[...]"

El artículo 2, apartados 1 y 2, de la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) nº 1060/2009 y (UE) nº 1095/2010, establece lo siguiente:

"1. Sin perjuicio del apartado 3 del presente artículo y del artículo 3, la presente Directiva se aplicará a:

a) los [gestores de fondos de inversión alternativos (GFIA)] de la UE que gestionen uno o varios [fondos de inversión alternativos (FIA)], con independencia de que el FIA sea un FIA de la UE o un FIA de fuera de la UE;

b) los GFIA de fuera de la UE que gestionen uno o varios FIA de la UE, y

c) los GFIA de fuera de la UE que comercialicen FIA en la Unión Europea, con independencia de que tales FIA sean FIA de la UE o FIA de fuera de la UE.

2. A efectos del apartado anterior, será irrelevante:

a) que el FIA sea de tipo abierto o cerrado;

b) que el FIA esté constituido bajo forma contractual, de trust, estatutaria o cualquier otra forma;

c) cuál sea la estructura jurídica del GFIA".

A tenor del artículo 4, apartado 1, letra a), de esta Directiva:

"[...] se entenderá por:

a) "FIA": todo organismo de inversión colectiva, así como sus compartimentos de inversión que:

- i) obtenga capital de una serie de inversores para invertirlo, con arreglo a una política de inversión definida, en beneficio de esos inversores, y
- ii) no requiera autorización de conformidad con el artículo 5 de la Directiva 2009/65/CE".

Sexto.

Tratamiento tributario de las instituciones de inversión colectiva residentes en España y de las no residentes.

La primera cuestión que hemos de esclarecer es si la legislación española, que es aplicada en la actuación administrativa impugnada dispensa a los Fondos de Inversión Libre, por tanto, no armonizados, un diferente tratamiento fiscal más beneficioso en razón de que su residencia sea en territorio español, respecto al tratamiento que dispensa a los FIL no residentes, cuando se encuentren en situaciones objetivamente comparables. En caso de que se concluyera que existe un diferente y más beneficioso tratamiento fiscal para los residentes, será preciso determinar si ese distinto tratamiento se 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. En efecto, de una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se desprende que las medidas prohibidas por el artículo 63 TFUE, apartado 1, por constituir restricciones a los movimientos de capitales, incluyen las que pueden disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de ese Estado miembro de hacerlo en otros Estados (véanse, en particular, las sentencias de 2 de junio de 2016, *Pensioenfond Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402, apartado 27 y jurisprudencia citada, de 30 de enero de 2020, *Köln-Aktienfonds Deka*, C-156/17, EU:C:2020:51, apartado 49 y jurisprudencia citada y de 17 de marzo de 2022, EU:C:2022:193).

Aunque la casuística del tratamiento tributario de las Instituciones de Inversión Colectiva ["IIC"] puede ser muy diversa, reduciremos el examen del régimen tributario de las IIC a lo que es relevante en el presente litigio, que versa sobre una eventual discriminación en el régimen de tributación de una IIC no armonizada y no residente en España. Por tanto, examinaremos como afecta al régimen de tributación de la IIC por los rendimientos y dividendos percibidos en España a partir de dos elementos: si las IIC son o no residentes en España y si están o no armonizadas en el sentido de la Directiva 2009/65/CE.

A) Régimen de tributación de las IIC residentes en España.

1. El régimen de tributación de la Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) residentes en España (tanto si son fondos de inversión como si son sociedades de inversión) se regula en el Texto Refundido de la ley del Impuesto sobre Sociedades, de 5 de marzo de 2004 ["TRLIS"], aplicable por razón de los ejercicios a que se refiere la retención a que se refiere la pretensión, que establece un régimen especial para las entidades incluidas entre las reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (en lo sucesivo, ley 35/2003).

2. Se trata de un régimen que pretende impulsar la inversión colectiva, tanto para posibilitar el acceso de todo tipo de inversores -también los pequeños- a productos financieros más sofisticados o necesitados de grandes volúmenes de capital, como para mejorar los flujos de llegada de recursos a los mercados financieros, y este estímulo se consigue, en síntesis, mediante el diferimiento de la tributación de todo tipo de rentas obtenidas por la IIC hasta el momento de su llegada efectiva a los partícipes o inversores finales.

3. Estas entidades, cuando son residentes en España, tributan del siguiente modo:

a. Están sujetas al régimen del Impuesto de Sociedades, puesto que se trata de sujetos pasivos que tienen su residencia en territorio español (art. 7.1 TRLIS), lo que incluye a los fondos de inversión regulados en la Ley 35/2003 que tengan su residencia en territorio español.

b. La obtención de rentas (lo que incluye los dividendos) por dichas instituciones está sujeta al tipo de retención general previsto en el artículo 140.6 a) de dicho texto legal que es del 19 por 100.

c. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.5. b) del TRLIS, tributan al tipo del 1%, de modo que las IIC españolas obtienen la devolución de la mayor parte de las retenciones soportadas a través de la presentación de su autoliquidación anual del Impuesto sobre Sociedades, al calcular su cuota íntegra aplicando el tipo impositivo del 1%, y descontar de ella las retenciones soportadas.

d. Se trata de una devolución de oficio, esto es, una devolución de una retención debida de las contempladas en el artículo 31 de la LGT, que tan solo devengará intereses en favor del contribuyente si la Administración tarda más de 6 meses en efectuar la devolución.

e. La aplicación de este tipo reducido del 1% está sometido a las condiciones que explicita la norma fiscal; el citado artículo 28.5.b) del TRLIS:

"5. Tributarán al tipo del 1 por 100:

a) Las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, siempre que el número de accionistas requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.4.

b) Los fondos de inversión de carácter financiero previstos en la citada Ley, siempre que el número de partícipes requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 5.4".

4. Esta práctica ausencia de tributación cuando las rentas aún están en sede de la IIC se completa con la efectiva tributación de dichas rentas por los partícipes o socios de la IIC, diferida al momento en que perciban esas rentas, momento en el que los integran en la base imponible, sin deducción por doble imposición, tal y como se recoge en los artículos 58 del TRLIS para los partícipes que sean personas jurídicas, y en el artículo 94 de la ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF, para los que sean personas físicas. Sin embargo, el TRLIS no condiciona el gravamen al tipo del 1% a los términos en que se produzca la tributación de sus partícipes, ni exige acreditación alguna en este sentido.

5. Así pues, la norma fiscal española establece como única condición para la aplicación del tipo de gravamen al tipo de gravamen del 1 por ciento que la entidad cumpla los requisitos para adquirir y mantener tal condición contemplados por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, y por su Reglamento, aprobado por el Real Decreto 1309/2005.

6. Respecto al número de partícipes, la norma fiscal no establece directamente un mínimo, sino que se remite, a lo que indican los artículos 5.4 de la ley 35/2003, de 4 de noviembre, de IIC, y, por remisión de ésta, al art. 3 del Reglamento, en el caso de los fondos de inversión, que establece: "5.4. Número de partícipes en un fondo de inversión no podrá ser inferior a 100. (...) "9.4 El número de accionistas de las sociedades de inversión no podrá ser inferior a 100, [...]".

7. No obstante cabe que reglamentariamente pueda disponerse un umbral distinto, atendiendo a los distintos tipos de activos en los que la IIC materialice sus inversiones, a la naturaleza de los partícipes o accionistas o a la liquidez. Asimismo, reglamentariamente podrán establecerse requisitos adicionales de distribución del patrimonio entre partícipes o accionistas.

8. A este respecto, el artículo 3 del Reglamento, relativo al número de partícipes establece en el caso de los Fondos de Inversión Libre regulados en el art. 43 un número de partícipes de tan sólo 25:

"1. El número de partícipes de un fondo de inversión no será inferior a 100.

[...].

3. No obstante, no tendrán que cumplir los requisitos mencionados en los apartados anteriores los fondos cuyos partícipes sean exclusivamente otras IIC reguladas en el artículo 45 cuya política de inversión se basa en la inversión en ese único fondo de inversión, ni tampoco los fondos de inversión libre regulados en el artículo 43".

"43. [...] c) Las IIC de inversión libre tendrán como mínimo 25 accionistas o partícipes [...]".

9. Se establece la tenencia de un patrimonio o capital social mínimo, que es requisito imprescindible de acceso y permanencia. Según el artículo 46 del Reglamento de IIC, "Los fondos de inversión de carácter financiero tendrán un patrimonio mínimo de 3.000.000 euros, que deberá ser mantenido mientras estén inscritos en los registros de la CNMV". Para las sociedades de inversión, el Reglamento de IIC establece, en su artículo 50, un "capital mínimo desembolsado de las SICAV 2.400.000 euros".

10. Se establecen requisitos sobre el objeto de las inversiones o la diversificación de riesgos, en los artículos 48 y 50 del Reglamento.

11. Por último, las IIC deben tener carácter abierto, permitiendo el acceso a cualquier inversor, pues, tal y como indica el artículo 1 de su ley reguladora, 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.

B) Tratamiento tributario de las IIC armonizadas no residentes en España.

El régimen fiscal de las IIC armonizadas no residentes en España, que inviertan y obtengan rentas en España, es el siguiente.

1. Régimen general: Es aplicable el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (en adelante TRLIRNR), que hasta la modificación operada por la Ley 2/2010 no contempla especialidad alguna para los rendimientos obtenidos por ellas. Según su artículo 13.1.f) los dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos de entidades residentes en España serán considerados rentas obtenidas en territorio español. Su cuota tributaria se obtendrá aplicando a la base imponible, determinada conforme al artículo 24, el tipo de gravamen establecido en el artículo 25 del TRLIRNR, respetando en su caso (19%, o, en su caso, el límite del convenio de doble imposición).

2. Sin embargo, existe un régimen de exención para las IIC armonizadas, esto es, las reguladas en la Directiva 2009/65/CE. Conviene destacar aquí que esta exención no es aplicable a las no armonizadas o Fondos de inversión libre no armonizados (FIL).

3. En efecto, la Ley 2/2010 introduce, con efectos para los períodos iniciados desde el 1 de enero de 2010, un nuevo apartado l) al artículo 14.1 del TRLIRNR que establece la exención de: "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 español".

4. El único medio admisible a efectos de acreditar el cumplimiento de la Directiva 2009/65/CE, es aquél certificado que cumpla con las exigencias del Reglamento (UE) 584/2010 de la Comisión, de 1 de julio de 2010, por el que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que atañe a la forma y el contenido del escrito de notificación y el certificado del OICVM normalizados, el uso de la comunicación electrónica entre las autoridades competentes a efectos de notificación, los procedimientos para las verificaciones in situ y las investigaciones y el intercambio de información entre las autoridades competentes. Por tanto, no se exige ninguna condición específica de composición o capital de estas IIC no residentes, distinta de las que determinan su regulación por la Directiva 2009/65/CE.

5. En el caso del Convenio entre España y Francia para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y patrimonio, se dispone en su artículo 10, relativo a la imposición de dividendos, un sistema de tributación compartida, que permite la tributación en el país de la fuente, en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos, pero el impuesto así exigido no podrá exceder del 15%.

6. La obtención de dividendos por dichas instituciones está sujeta al tipo de retención general, el mismo previsto para las entidades residentes en España. Retención que se aplica incluso en los casos en los que, desde la vigencia de la Ley 2/2010, los dividendos cobrados por las IIC no residentes sean de los considerados exentos por el nuevo artículo 14.1. l), ya que el artículo 31.4 establece que:

"4. No procederá practicar retención o ingreso a cuenta respecto de:

a) Las rentas que estén exentas en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 o en un convenio para evitar la doble imposición que resulte aplicable, sin perjuicio de la obligación de declarar prevista en el apartado 5 de este artículo.

No obstante lo anterior, sí existirá obligación de practicar retención o ingreso a cuenta respecto de las rentas a las que se refieren las letras k) y l) del apartado 1 del artículo 14".

C) Fondos de Inversión Libre o "Hedge Funds" residentes en España .

1. Los Fondos de Inversión Libre ["FIL"] o Fondos de Inversión Alternativos como es el caso de la entidad demandante (recurrente en esta casación) son fondos de inversión no armonizados, también denominados fondos de inversión libre o "hedge funds", que tanto pueden estar establecidos en España, como en un Estado miembro de la Unión Europea, como ocurre en este caso. Se constituyen y operan sometidos a la autorización, control y la supervisión del correspondiente órgano nacional, que en el caso de Francia es la Autorité des marchés financiers ["AMF"; Autoridad de los Mercados Financieros]. También pueden estar constituidos en un tercer estado, si bien ésta no es la situación aquí examinada. En cuanto no armonizados, son ajenos a la disciplina de la Directiva 2009/65/CE.

2. En el derecho español este tipo de fondos de inversión libre o hedge funds está incluido en el marco regulatorio de la Ley 35/2003, ya que están expresamente citados en su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre. Este reglamento, luego sustituido por el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, reguló, por primera vez en España una variedad de IIC denominada "IIC de inversión libre", conocidas internacionalmente como "fondos de gestión alternativa" o "hedge funds", cuyo régimen aplicable, enmarcado en el general de las IIC, se desarrolla en la Circular 1/2006, de 3 de mayo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre Instituciones de Inversión Colectiva de Inversión Libre.

3. El artículo 43 del citado reglamento contiene "Disposiciones Especiales de las IIC de inversión libre", y establece que: "A las IIC a las que se refiere este artículo les serán aplicables las reglas sobre IIC de carácter financiero contenidas en este Reglamento, con las siguientes excepciones: a) Las acciones o participaciones de estas IIC deberán suscribirse o adquirirse mediante un desembolso mínimo inicial de 50.000 euros. La exigencia anterior no será aplicable a los partícipes que tengan la condición de clientes profesionales tal y como están definidos en el artículo 78 bis.3 de la LEY 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. [...] c) las IIC de inversión libre tendrán como mínimo 25 accionistas o partícipes. [...] f) La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá autorizar, cuando así lo exijan las inversiones previstas, que las IIC de inversión libre establezcan periodos mínimos de permanencia para sus accionistas o partícipes. (...) ñ) Estas IIC se inscribirán en un registro especial creado a tal efecto en la Comisión Nacional del Mercado de Valores. [...] Asimismo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores establecerá los requisitos específicos que han de tener las sociedades gestoras de este tipo de IIC [...]".

4. Estas previsiones se mantienen sustancialmente en el art. 73 del Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva.

5. El tratamiento tributario de los FIL residentes en España es exactamente igual que el previsto en el TRLIS para los fondos armonizados, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28.5. b) del TRLIS, tributarán al tipo del 1% cuando se trate de "[...] Los fondos de inversión de carácter financiero previstos en la citada Ley, siempre que el número de partícipes requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 5.4 [...]".

6. Importa retener que la primera condición no es en realidad un criterio que exprese un objetivo de política fiscal, pues, en definitiva, remite a que se trate de un fondo de inversión de los previstos en la Ley 35/2003, lo que únicamente pueden cumplir, por definición, los constituidos en España bajo las condiciones de constitución y funcionamiento establecidas en la Ley 35/2003 de IIC. Y, aunque la referencia al número mínimo de partícipes sea explícita, también lo es por remisión a la Ley 35/2003 de IIC, por tanto, a la legislación nacional de autorización, pues lo que se requiere es que cumplan lo previsto en el art. 5.4 de la misma, respecto al número mínimo de partícipes, que dependiendo del tipo de Fondo será de 100 (armonizados) o 25 (FIL).

7. En resumen, las FIL residentes en España están sometidas a un tipo de gravamen del 1%, y aunque soportan una retención al 19%, obtendrán la devolución de la mayor parte de las retenciones soportadas a través de la presentación de su autoliquidación anual del Impuesto sobre Sociedades, al calcular su cuota íntegra aplicando el tipo impositivo del 1% y descontar de ella las retenciones soportadas. Se trata de una devolución de oficio, una devolución de una retención debida de las contempladas en el artículo 31 de la LGT, que tan solo devengará intereses en su favor si la Administración tarda más de 6 meses en efectuar la devolución.

8. La aplicación de este tipo reducido del 1% no requiere a los FIL residentes en España la presentación de certificación acreditativa de su compatibilidad con la Directiva 2009/65/CE, a la que no están sometidos.

D) Tratamiento tributario de los Fondos de Inversión Libre no residentes en España.

1. Es aplicable el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes ["TRLIRNR"], que no contempla exención alguna en la tributación de los rendimientos obtenidos por los Fondos de Inversión Libre o Hedge Funds.

2. Según el artículo 13.1.f) TRLIRNR, los dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos de entidades residentes en España serán considerados rentas obtenidas en territorio español.

3. La cuota tributaria se obtendrá aplicando a la base imponible, determinada conforme al artículo 24, el tipo de gravamen establecido en el artículo 25 del TRLIRNR (19%) respetando, en su caso, el límite del convenio de doble imposición. Hay que recordar que los FIL residentes en España tributan, respecto a estos rendimientos al 1%, siempre y cuando cumplan las condiciones que establece el art. 28.5.b) del TRLIS, obteniendo la devolución del exceso que por vía de retención se hubiere practicado.

Séptimo.

Recapitulación de los antecedentes del litigio a la luz del marco normativo nacional.

Conviene volver ahora sobre los hechos que están en el origen del litigio, a la luz del régimen jurídico que se ha expuesto, y destacar los más relevantes:

a) Durante los ejercicios a que se contrae el litigio (en este caso 2012) el Fondo de Inversión Libre actor Ecureuil Profil 90, de la categoría de fondos de inversión libre, con residencia en Francia, fue sometido en el IRNR, por los dividendos y participaciones en beneficios obtenidos de sociedades cotizadas españolas, que en este caso correspondían a la Sociedad cotizada Telefónica de España, S.A., a unas retenciones en la fuente al tipo del 15% sobre el importe bruto percibido de 616.479,57 euros, esto es, una retención de 92.471,94 euros. Como el TRLIRNR no establece ni contempla la posibilidad de presentar autoliquidación para este tipo de entidades, dicha retención es una imposición definitiva, mientras que los Fondos homólogos españoles, FIL también ajenos a la disciplina de la Directiva 2009/65/CE, son gravados por esta misma clase de rendimientos al tipo del 1 por ciento en el IS, pues la retención soportada al 19 % es objeto de devolución previa autoliquidación. En definitiva, las retenciones practicadas al FIL demandante constituyen la cuota final del impuesto.

b) Como consecuencia de ello, ingresó a la hacienda estatal la suma de 92.471,94 euros, que representa un exceso de 86.307,14 euros sobre la que habría pagado de haber recibido un tratamiento equiparable al de los FIL residentes en España, Fondos de Inversión Libre o Alternativos -Hedge Funds - residentes en España, que a tenor de lo previsto en el art. 28.5.b) del TRLIS y cumpliendo las condiciones que el mismo establece, habrían tributado al 1%.

c) Mediante la presentación del Modelo 210 regulado en la Orden EHA/3316/2010, de 17 de diciembre, la demandante, Ecureuil Profil 90, solicitó la devolución de parte de la cantidad retenida a cuenta del Impuesto sobre la Renta de No residentes (IRNR) sobre los dividendos obtenidos por su inversión en acciones cotizadas españolas, al entender que la aplicación de la retención del 15% establecida en el Convenio de doble imposición entre España y Francia, constituye una restricción a la libre circulación de capitales, en tanto sostiene que se le dispensa un trato

desigual no justificado respecto a los fondos de inversión comparables residentes en España, ya que los fondos de inversión libre residentes en España tributan al 1% en el Impuesto sobre Sociedades, cumpliendo las condiciones del art. 28.5.b) TRLIS, por lo que solicitaba la devolución de la diferencia.

d) El órgano gestor inició un procedimiento de comprobación limitada dirigido a verificar que el contribuyente cumple los requisitos para que se le aplique la normativa indicada, verificar la residencia fiscal y comprobar que los justificantes aportados prueban que los rendimientos declarados han sido objeto de la retención cuya devolución se solicita. Posteriormente, el órgano gestor notificó el correspondiente acuerdo de liquidación provisional, mediante el cual desestimó la solicitud formulada por considerar que no se ha acreditado que la contribuyente cumpliera los requisitos de la citada Directiva 2009/65/CE.

e) La resolución del TEAR de Madrid, sin cuestionar el fundamento de la resolución de la Administración tributaria, considera que sí existe un mecanismo de devolución, consistente en el de devolución de ingresos solicitado por la entidad recurrente a través de la presentación del modelo 210, y enuncia las eventuales condiciones de comparabilidad, a partir de las que establece el 28.5.b) TRLIS, y concluye que la situación del FIL reclamante no es comparable con la de los FIL residentes en España en cuanto a los elementos que califica de sustanciales. Concretamente, afirma que las condiciones esenciales son, por una parte, el número de partícipes, y declara que el FIL actor no acreditó un número de al menos 100 partícipes; tampoco considera acreditado que reúna el capital social mínimo exigida de 3.000.000 euros, que igualmente reputa un elemento esencial y añade que "[...] ni siquiera presenta certificado emitido por la AMF (Autoridad de los Mercados financieros de Francia), acreditando la compatibilidad de la interesada con la directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de julio de 2009 [...]"; compatibilidad que, dice el TEAR, es expresamente exigida por el artículo 14.1.L del TRLIRNR.

f) La sentencia recurrida discurre por el mismo esquema de argumentación expuesto en la resolución del TEAR, y considera como un elemento esencial para denegar la pretensión de la actora el hecho de no haber aportado el certificado emitido por la AMF (Autoridad de los Mercados financieros de Francia), que acreditase la compatibilidad de la interesada con la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 13 de julio de 2009. Respecto a las condiciones de comparabilidad reproduce los mismos requisitos enunciados por la resolución del TEAR y niega que hayan sido acreditados.

Octavo.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del principio de libre circulación de capitales y el tratamiento tributario discriminatorio de los Fondos de Inversión armonizados no residentes y Fondos de Inversión de terceros países respecto a los Fondos de Inversión armonizados residentes en España.

En nuestra reciente jurisprudencia nos hemos pronunciado acerca de cuestiones análogas a las que nos ocupa, concretamente sobre el tratamiento de situaciones transfronterizas de Fondos de Inversión, si bien se trató entonces del caso de los Fondos de Inversión armonizados en los términos de la Directiva 2009/65/CEE (también denominados Organismos de Inversión Colectiva UCIT), así como también respecto a Fondos de inversión de terceros países. En las sentencias de 27 de marzo de 2019 (rec. cas. 5405/2017) y de 28 de marzo de 2019 (rec. cas. 5822/2017), nos pronunciamos sobre la procedencia de la devolución de las cantidades retenidas en el IRNR a IIC no residentes en España, aunque si en otros estados miembros de la Unión Europea, por vulneración del principio europeo de libertad de circulación de capitales, art. 63 del TFUE. En estas sentencias hacíamos referencia también a las sentencias de 5 de junio de 2018 (rec. cas. 634/2017), sobre fondo de pensiones, y de 5 de diciembre de 2018 (rec. cas. 129/2017), sobre fondos de inversión, en las que resolvimos sobre el devengo de intereses de demora correspondientes a la devolución de las retenciones practicadas a una institución de inversión colectiva en valores mobiliarios, sin establecimiento permanente en España, residentes en un país miembro de la UE, sobre dividendos percibidos de sociedades residentes. En aquellas sentencias partíamos de la vulneración del citado art. 63 del TFUE pues era una premisa ya establecida en las sentencias recurridas.

Brevemente, recordando lo dicho en las citadas sentencias, llegamos a la conclusión de que la infracción del Derecho de la Unión Europea era clara en aquellos supuestos, como se desprendía de la jurisprudencia europea, SSTJUE de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98, Verkooijen; de 8 de noviembre de 2007, asunto C-379/05, Amurta; de 17 de septiembre de 2015, asuntos acumulados C-10/14, C-14/14 y C-17/14, que declaró que:

"[...] Los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación de un Estado miembro que obliga a practicar una retención en la fuente sobre los dividendos que una sociedad residente reparte tanto a los contribuyentes residentes como a los no residentes, estableciendo un mecanismo de deducción o devolución de las cantidades retenidas únicamente en el caso de los contribuyentes residentes, mientras que para los contribuyentes no residentes -personas físicas y sociedades- tal retención constituye un impuesto definitivo, en la medida en que la carga impositiva definitiva que los contribuyentes no residentes soporten en dicho Estado miembro en lo que respecta a los mismos dividendos sea mayor que la que soportan los contribuyentes residentes, extremo que incumbe verificar, en los litigios principales, al tribunal remitente [...]."

Especial mención se hace a la sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2012, asunto C-387/11. En este caso se parte de la diferencia de trato entre el régimen fiscal de las sociedades residentes y el de las sociedades no residentes que no poseen un establecimiento permanente en Bélgica, encontrándose ambos grupos de sociedades en situaciones fácticas y jurídicas objetivamente distintas que a criterio de las autoridades belgas justifican la diferencia de trato, estando las sociedades de inversión domiciliadas en Bélgica exentas del impuesto sobre sociedades por tratarse de rendimientos del capital mobiliario.

Se dijo que la existencia de este trato discriminatorio, por contravenir el principio de libre circulación de capitales del artículo 63 TFUE, ha sido concluyentemente admitida por el legislador en la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria, que incluye un nuevo apartado 6 en el artículo 24 de la Ley del IRNR.

En fin, se consideró que se produce una distorsión fiscal favoreciendo a las ICCs residentes, que tributarán al 1%, respecto de las no residentes que lo harán al 15% o 18%, según CDI, lo que constituye un trato fiscal diferente por razón del lugar de residencia; lo que conculca al art. 63 TFUE al constituir una restricción a la libre circulación de capitales, pues el tratamiento fiscal de las IICs residentes y no residentes acredita la existencia de un trato fiscal diferente por razón del lugar de residencia, con restricción a la libre circulación de capitales. Y se argumentó allí que no resulta conforme al Derecho de la Unión Europea justificar el distinto trato sobre la base de que el art. 65 del TFUE permite distinguir el tratamiento entre residentes y no residentes que no sean objetivamente comparables, por lo que el no residente estaba obligado a acreditar el cumplimiento de todos los requisitos a los que están sujetas las IICs españolas, en concreto número de partícipes y un capital mínimo, pues, como dijimos en la STS de 27 de marzo de 2019, cit., aun cuando las entidades no residentes cumplan los citados requisitos, el régimen especial del impuesto de sociedades, que indirectamente da lugar a la menor tributación en el ámbito que nos ocupa, no le es de aplicación a las no residentes, lo que conlleva que el único medio que posibilita que se otorgue un trato no diferenciado restrictivo a las no residentes respecto de las residentes es considerar que se produce la vulneración del principio recogido en el art. 63 del TJUE, y sólo una vez declarada su vulneración se podrán beneficiar las no residentes del mismo régimen tributario. Por tanto, se concluyó, no es la concreta situación de cada OICVM no residente la que justifica en los términos del art. 65 del TFUE la restricción, y que en algún caso particular pueda repararse la diferencia, sino que la justificación del trato diferenciado fiscal entre IICs residentes y no residentes debe contenerse en la propia normativa nacional, esto es, que la misma no sea contraria a la circulación de capitales en la medida que se establezca los mecanismos para evitar las restricciones prohibidas, sin necesidad de acudir a mecanismos ajenos a la propia regulación de la tributación de las rentas procedentes de las inversiones en valores mobiliarios de las OICVM, tanto residentes como no residentes. Por consiguiente, se entendió que la comparabilidad vendría acreditada suficientemente en aquellos casos con tan solo acreditar el cumplimiento de las pautas generales que resultan de las Directivas europeas sobre vehículos de inversión colectiva, todo ello referido entonces a la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio, que sustituye a la precedente Directiva 85/611/CEE sobre OICVM.

Se concluyó, en definitiva, que la legislación española en la redacción entonces vigente, como decimos referida a IIC armonizadas, incurría en una restricción que no está justificada en base al art. 65 del TFUE, que exige verificar si, en función de la regulación que se hace de la tributación de las IICs, las entidades no residentes pueden obtener las ventajas fiscales que se prevén para las residentes; lo que no era el caso, como ha quedado expuesto, pues no existió un marco normativo general que permita alcanzar la igualdad. Concluimos allí que estábamos ante una infracción originaria que existe por el hecho mismo de que en el IRNR la retención no sea propiamente tal, sino una forma sui generis de gestión tributaria, en tanto que lo denominado como retención no es un pago a cuenta pendiente de un ajuste posterior, sino el pago final de la cuota, sin posibilidad alguna de reembolso de lo excesivo, precisamente porque la ley no concibe en su diseño legal la posibilidad de exceso; supuesto el que contemplamos muy parecido con el que es objeto de atención en la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012 (asunto C-338/11 a C-347/11, Santander Asset Management SGIIC. S.A) en la que se proclama que "[...] los artículos 63 TFUE y 65 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que prevé la imposición, mediante una retención en origen, de los dividendos de origen nacional cuando son percibidos por OICVM residentes en otro Estado, mientras que esos dividendos están exentos para los OICVM residentes en el primer Estado [...]".

Advertimos ya en la referida jurisprudencia que, aunque en el caso examinado en la STJUE de 10 de mayo de 2012, cit., el tratamiento fiscal discriminatorio era el de la exención de los dividendos de las residentes, pero el mecanismo ideado en el sistema español, ya explicado anteriormente, lleva a similares resultados que a la postre desembocan en la discriminación prohibida. Dicho de otro modo, mientras que a un fondo residente, al que se le exigen determinados requisitos propios de la legislación española para obtener el régimen privilegiado en el impuesto sobre sociedades, y con ello cotizar por los rendimientos obtenidos al 1%, de suerte que va a obtener la devolución del exceso retenido, a un no residente aun cumpliendo todos los requisitos exigidos al residente para aplicar dicho tipo del 1%, nunca podría obtener dicha ventaja, pues como hecho imponible sujeto al IRNR, la retención se convierte en la cuota definitiva, lo que significativamente puede disuadir a los no residentes realizar inversiones en España, y conlleva en definitiva la vulneración del art. 63 del TFUE.

Todo lo cual nos llevó a dar la siguiente respuesta interpretativa sobre las cuestiones identificadas de interés casacional objetivo, teniendo en cuenta que se hacía en referencia a la legislación aplicable por razones temporales a los casos enjuiciados, en el sentido de que "[...] el sometimiento, mediante los mecanismos indirectos contemplados a distinto tipo de gravamen a las IICs residentes y no residentes, suponía un tratamiento fiscal discriminatorio no justificado restrictivo de la libre circulación de capitales [...]" (FD 3).

En la misma línea pueden verse las SSTs de 29 de enero de 2021 (rec. cas. 4492/2018) y de 4 de febrero de 2021 (rec. cas. 5675/2018), respecto a fondos de pensiones residentes en Canadá, entre otras muchas.

Es importante precisar que ya dijimos en nuestra STS de 27 de marzo de 2019, y se reiteró en la de 28 de marzo de 2019, cit., que, cuando la infracción del Derecho de la Unión Europeo se produce a nivel normativo, no es correcto situar el nivel de examen en un plano inferior, el de aplicación de unas hipotéticas condiciones de equiparación o comparabilidad que el legislador podría introducir, precisamente para eliminar la discriminación que produce la ausencia de una regulación normativa que evitase el tratamiento discriminatorio por razón de la residencia. Se afirmó en la STS de 27 de marzo de 2019, cit., que tal era el enfoque que había seguido la sentencia allí recurrida pues "[...] [l]a respuesta que da la sentencia de instancia es que para obtener la ventaja fiscal de la menor tributación, que a la postre y oblicuamente le otorga a las ICCs residentes mediante la aplicación del régimen especial en el impuesto sobre sociedades visto que determina la tributación de las rentas que nos ocupan al 1% y no al 15% ó 18%, basta con que las no residentes cumplan los requisitos que se contemplan legalmente para beneficiarse del citado régimen especial al que se acogen las residentes; de ahí que en el caso enjuiciado, dado que no se ha acreditado por la recurrente que cumple los requisitos concretos que marca la legislación española, ello le impide el acceso al régimen fiscal para las ICCs residentes [...]".

Y allí concluimos que no es correcta esa respuesta, que es la misma que en este caso hace la sentencia recurrida -siguiendo el modo de razonar del TEAR- porque "[...] aun cuando las no residentes cumplan los citados requisitos, el régimen especial del impuesto sobre sociedades, que indirectamente da lugar a la menor tributación en el ámbito que nos ocupa a tenor de los mecanismos articulados al efecto para beneficiarse del régimen especial en el impuesto sobre sociedades, no le son de aplicación a las mismas, lo que conlleva que el único medio que posibilita que se otorgue un trato no diferenciado [y no] restrictivo a las no residentes respecto de las residentes es considerar que se produce la vulneración del principio recogido en el art. 63 del TJUE; y sólo una vez declarada su vulneración, se podrán beneficiar las no residentes del mismo régimen tributario [...]" (FD tercero).

Noveno.

El alcance de la libertad fundamental de circulación de capitales y sus eventuales restricciones legítimas.

La cuestión fundamental para la resolución del litigio es determinar si la actuación administrativa impugnada y, por ende, la legislación fiscal española en la que se fundamenta la misma, dispensa a los Fondos de Inversión Libre y, por tanto no armonizados, un diferente tratamiento fiscal por razón de la condición de ser residentes o no en España y en caso de existir este diferente trato fiscal si con ello se vulnera la libertad de circulación de capitales que proclama el art. 63 TFUE, como una de las cuatro libertades fundamentales del Derecho de la Unión, junto con la libertad de circulación de personas y trabajadores, libertad de establecimiento y prestación de servicios y libre circulación de mercancías.

El principio de libre circulación de capitales, reconocido y garantizado en el art. 63 del TFUE dispone: "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", tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este principio de libre circulación de capitales se ha de poner en relación con el art. 18 del TFUE establece que "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".

Para establecer el alcance de la libertad de circulación de capitales del art. 63 TFUE, es preciso acudir al art. 65. 1 TFUE, ya que conforme al mismo: "[...] 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; [...]"

Ahora bien, estas medidas son limitaciones a la libertad de circulación de capitales que, aunque pudieran ser legítimas bajo determinadas condiciones, deberán ser interpretadas restrictivamente, lo que expresa el propio art. 65 TFUE en su apartado 3 al disponer que:

"[...] 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 [...]"

De la jurisprudencia del TJUE se concluye que una legislación nacional que impone la retención en la fuente sobre los dividendos que se paguen a los OIC no residentes y permite únicamente a los OIC residentes un trato más favorable, ya consistente en obtener la exención de tal retención en la fuente (STJUE de 17 de marzo de 2022, AllianzGI-Fonds AEVN y Autoridade Tributária e Aduaneira, EU:C:2022:193) o en establecer un tipo de gravamen mucho más reducido para los OIC residentes, podría conllevar un trato desfavorable para los dividendos pagados a los OIC no residentes. La jurisprudencia del TJUE se condensa, entre otras muchas, en la sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2022, cit. (EU:C:2022:193) que declara:

"[...] 39. Un trato fiscal desfavorable de esta naturaleza puede disuadir, por una parte, a los OIC no residentes de realizar inversiones en sociedades establecidas en Portugal y, por otra, a los inversores residentes en Portugal de adquirir participaciones en tales OIC y constituye, en consecuencia, una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE (véase, por analogía, la sentencia de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros, C- 480/16, EU:C:2018:480, apartados 44 y 45 y jurisprudencia citada).

40. Ahora bien, de acuerdo con el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), lo dispuesto en el artículo 63 TFUE se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital.

41. Esta disposición debe interpretarse en sentido estricto, en la medida en que constituye una excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales. Por lo tanto, no puede interpretarse en el sentido de que cualquier normativa fiscal que distinga entre los contribuyentes en función del lugar en que residen o del Estado en el que invierten su capital es automáticamente compatible con el Tratado FUE. En efecto, la excepción establecida en el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), está limitada, a su vez, por el artículo 65 TFUE, apartado 3, que prescribe que las disposiciones nacionales a que se refiere el apartado 1 de dicho 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 63 [TFUE]" [sentencia de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvaltontayksikkö (Rendimientos abonados por OICVM), C-480/19, EU:C:2021:334, apartado 29 y jurisprudencia citada).

42. El Tribunal de Justicia ha declarado también que, en consecuencia, es necesario distinguir las diferencias de trato permitidas en virtud del artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), de las discriminaciones prohibidas por el apartado 3 de este mismo artículo. Pues bien, para que una normativa fiscal nacional pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es necesario que la diferencia de trato resultante afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general [sentencia de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvaltontayksikkö (Rendimientos abonados por OICVM), C-480/19, EU:C:2021:334, apartado 30 y jurisprudencia citada] [...]."

Décimo.

El juicio de la Sala.

En el caso litigioso debemos dilucidar 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. El tipo de retención, que con carácter general es el 19%, quedó reducido en este caso al 15% como consecuencia de la aplicación de lo previsto en el Convenio de doble imposición entre el Reino de España y la República de Francia.

La práctica de esta retención en la fuente constituye el tipo de imposición definitiva, por cuanto no existe en la estructura de aplicación del IRNR, para este tipo de contribuyentes, ni la posibilidad de autoliquidación, ni tampoco ningún mecanismo de devolución en aplicación de las normas de las normas propias del tributo (art. 31 LGT) previsto específicamente en el TRLIRNR, ni en su normativa de desarrollo. El TRLIRNR tan solo contempla la posibilidad de devolución a los Fondos de Inversión Armonizados y ello tan sólo a partir de la reforma introducida por la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria. Con esta reforma, como se dijo en nuestra STS de 27 de marzo de 2019, cit., con remisión a la STS de 5 de diciembre de 2018 (rec. cas. 129/2017) la contravención del principio de libre circulación de capitales fue "[...] concluyentemente admitida por el legislador en la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria [...]" si bien tal adaptación no alcanzó a los Fondos de Inversión Libre o alternativos, limitándose la declaración de exención, en los términos previstos en el art. 14.1.I) del TRLIRNR a las Instituciones de Inversión Colectiva reguladas por la Directiva 2009/65/CEE, conocidas como armonizadas.

Sin embargo, los FIL no residentes, aunque hipotéticamente cumplieran las condiciones propias de la legislación española, incluso en cuanto al capital mínimo y al número mínimo de partícipes -dando por supuesto, a

los meros efectos dialécticos que estas fueran condiciones esenciales para la comparabilidad- no pueden obtener, por la aplicación directa de la normativa del TRLIRNR, la devolución de la diferencia de tributación que en una situación comparable habría soportado un FIL residente. Esta diferencia de trato, que declaramos concurrente también en los FIL armonizados antes de la citada reforma del TRLIRNR por la Ley 2/2010 citada, nos llevó a declarar entonces la infracción del Derecho de la Unión Europea en la STS de 27 de marzo de 2019, cit., "[...] pues aún cuando las no residentes cumplan los citados requisitos, el régimen especial del impuesto de sociedades, que indirectamente da lugar a la menor tributación en el ámbito que nos ocupa, dado los mecanismos articulados al efecto antes explicitados para beneficiarse del régimen especial en el impuesto sobre sociedades, no le son de aplicación a las mismas [...]" (FD 3).

Antes de proseguir el examen de la cuestión litigiosa es muy relevante constatar los diferentes términos en que se ha pronunciado la administración tributaria, por una parte, y el órgano económico administrativo después, en una posición que respalda plenamente la sentencia recurrida. En efecto, la cuestión litigiosa se ha resuelto en cada uno de estos niveles con dos planteamientos significativamente diferentes, que responden, en el primer nivel, el de la Administración tributaria, a la estricta aplicación del régimen normativo, y el segundo, seguido por la resolución del TEAR y luego por la sentencia recurrida, que introduce determinadas correcciones interpretativas a la restricción a la libertad de circulación que resulta de la aplicación, en sus propios términos, de la legislación nacional, que no ofrece justificación explícita para el diferente tratamiento dispensado a los FIL no residentes frente a los FIL residentes.

En efecto, la legislación aplicable, en la que se ha fundamentado la resolución de la dependencia tributaria, Impuesto sobre la Renta de No residentes, tan solo contempla la aplicación de un tipo reducido de gravamen del 1% para las instituciones de inversión colectiva reguladas por la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, esto es, los fondos de inversión armonizados y, respecto a los Fondos de Inversión Libre o alternativos, no armonizados, establece un tipo de gravamen al 19%, o el menor que en su caso resulte del CDI.

Por el contrario la legislación fiscal española aplicable a los FIL no armonizados residentes en España esto es TRLIS, sí establece la aplicación del tipo de gravamen definitivo del 1% a los FIL residentes en España que cumplan las condiciones establecidas en el artículo 28.5.b) TRLIS, esto es, "[...] b) Los fondos de inversión de carácter financiero previstos en la citada Ley [35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva], siempre que el número de partícipes requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 5.4 [...]", lo que remite, precisamente, a los FIL residentes en España, pues solo estos están sujetos, además de a la citada Ley 35/2003, al Impuesto de sociedades, que es el texto legal que prevé dicho tratamiento fiscal. Además, las condiciones para que los FIL residentes en España disfruten de dicho tratamiento fiscal no son sino el reflejo de las condiciones de autorización y funcionamiento de los FIL residentes en España pues, como se expondrá más adelante, la norma fiscal se remite en todo, también en el número de partícipes, a la legislación de autorización y funcionamiento de los FIL residentes en España. Por contra el TRLIRNR que es el aplicable a los FIL no residentes no establece, bajo ninguna condición, la posibilidad de aplicar aquel mismo tipo de gravamen del 1% de que disfrutaban los FIL residentes a los FIL no residentes.

Por consiguiente, éste diferente tratamiento impositivo a nivel normativo basado en la residencia es la razón originaria, y ciertamente la única, de la denegación acordada por la administración tributaria, que, limitándose a aplicar la normativa legal española, prescinde de toda consideración de eventuales condiciones de comparabilidad -precisamente porque la legislación española no las contempla- entre el FIL no residente solicitante de la devolución y las que se exigen a las mismas IIC no armonizadas (FIL) residentes en España para gozar el tratamiento tributario más beneficioso que reclama el FIL aquí recurrente.

Por su parte, la resolución del órgano económico-administrativo, en este caso el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, hace un planteamiento que pretende, al menos teóricamente, introducir un examen de comparabilidad, que trasciende del contenido de la legislación nacional aplicable. En efecto, todo cuanto se argumenta en la sentencia recurrida, siguiendo el razonamiento del TEAR, acerca de la falta de prueba de unas condiciones de comparabilidad, va más allá del pronunciamiento de la administración tributaria, y de lo que prevé el régimen normativo nacional. Con ello se asume implícitamente por la sentencia recurrida que la norma nacional establece un elemento de discriminación por razón de la residencia, y, precisamente por ello, se intenta superar lo que resulta de este limitado y estricto marco normativo, la discriminación por razón de residencia, para introducir un "marco de análisis de comparabilidad" sobre la base de unas hipotéticas condiciones que la normativa nacional no establece en modo alguno para los FIL no residentes. Este planteamiento, que se introdujo en la resolución del TEAR, es compartido también por la Abogacía del Estado ya desde la propia contestación a la demanda.

Importa subrayar que en esta argumentación late implícitamente la aceptación de que el régimen normativo español no puede ser aplicado en sus propios términos -como se limitó a hacer la resolución originaria de la Administración tributaria- porque contiene en si mismo una discriminación por razón de la residencia, al establecer un tratamiento diferenciado que tiene como elemento principal la residencia del FIL en territorio español, pues solo los FIL residentes en España son sujetos pasivos del Impuesto de Sociedades en cuya regulación se introduce ese tratamiento fiscal más beneficioso (art. 7.1.b TRLIS).

Es cierto que, al elemento de la residencia en España, como presupuesto indispensable para gozar del tratamiento fiscal más beneficioso, se añade un segundo requisito que tan solo entra en juego si se cumple el de la residencia en España. Este segundo elemento exige, para recibir el tratamiento fiscal más beneficioso (tipo de gravamen al 1%) que, adicionalmente a la residencia en territorio español, se cumplan las condiciones que establece el artículo 28.5.b) TRLIS. Pero estas son unas condiciones que, si bien se mira, en realidad reiteran la de la residencia en territorio español, pues no son otras que las que determinan que se trate de un fondo de inversión de los previstos en la Ley 35/2003, de IIC. En efecto, dispone que el art. 28.1 TRLIS que el tipo general de gravamen del Impuesto de Sociedades será el 35 por ciento, y a continuación, entre otros tipos reducidos, se establece en el apartado 5 del mismo art. 28 TRLIS que:

"[...] 5. Tributarán al tipo del 1 por ciento:

a) Las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, siempre que el número de accionistas requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.4.

b) Los fondos de inversión de carácter financiero previstos en la citada Ley, siempre que el número de partícipes requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 5.4. [...]"

Aunque los fondos de inversión de carácter financiero previstos en la Ley 35/2003 presentan diversas tipologías, a los efectos del presente litigio tan solo es necesario considerar aquellos que pueden disfrutar del régimen de tipo de gravamen previsto en el Impuesto de Sociedades, esto es, lo que por tener su residencia en territorio español, son sujetos pasivos del IS. Otros supuestos de fondos de inversión financiera con residencia en otros estados miembros de la UE o en terceros estados, que comercialicen participaciones en España, en las diversas situaciones que enumera el art. 2 de la Ley 35/2003 de IIC, carecen de relevancia a efectos del análisis del tratamiento tributario previsto en el Impuesto de Sociedades y, por ende, del tratamiento tributario del art. 28.5 de su Texto regulador.

Situados ya en el análisis de los fondos de inversión de carácter financiero que sí pueden acogerse al tipo de gravamen del 1 por ciento, hay que señalar que, además de los armonizados según la Directiva 2009/65/CE, la Ley 35/2003 de IIC prevé los Fondos de Inversión Libre o alternativa, regulados en su art. 33.bis, que fue introducido por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre de inversión colectiva. Anteriormente se recogían en el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva (IIC), aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, que reguló por primera vez los Fondos de Inversión Libre, como señala la Circular 1/2006, de 3 de mayo, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre Instituciones de Inversión Colectiva de Inversión Libre. En ambos tipos de fondos financieros, armonizados y FIL, se prevé, para los residentes en España, ese tratamiento tributario al tipo de gravamen del 1 por ciento que, sin embargo, no se dispensa a los FIL no residentes en España.

En definitiva, la única condición que impone en realidad el 28.5.b) TRLIS a los efectos del tipo impositivo que establece es que se trate de fondos de inversión de carácter financiero previstos en la legislación nacional, en los términos ya vistos, así como que tengan el número mínimo de partícipes requerido por dicha legislación nacional, lo que reconduce a una de las condiciones para su autorización por el organismo supervisor español en los términos de la Ley 35/2003 y su reglamento de desarrollo. Por consiguiente, impone elementos que son específicos del ordenamiento jurídico español, más aún, elementos que están sujetos al control exclusivo del órgano competente al efecto, que es la Comisión Nacional del Mercado de Valores, es decir de la autoridad de supervisión. Estos requisitos sin embargo no expresan ni contemplan ningún elemento que pueda ser relevante en una situación transfronteriza como la que nos ocupa, como desarrollaremos más adelante.

Frente a este régimen tributario de los Fondos de Inversión residentes en España, encontramos que el TRLIR no establece ningún tratamiento análogo al tipo de gravamen privilegiado del 1% previsto en el Impuesto de Sociedades, de manera que los FIL no residentes comparables no pueden obtener, por la aplicación directa e inmediata del ordenamiento jurídico español, el mismo tratamiento al tipo impositivo del 1% que se dispensa tan solo a los FIL residentes que cumplan las condiciones del art. 28.5.b) TRLIS, que, hemos de reiterarlo de nuevo, no son ni más ni menos que las necesarias para que un FIL sea autorizado en España.

Conviene no olvidar que el motivo de la denegación de la devolución fue que el FIL no residente -por tanto, IIC no armonizada- no acreditó mediante el certificado correspondiente, en los términos de la Directiva 2009/65/CE, su compatibilidad con la misma, lo que es equivalente a acreditar el sometimiento a esta Directiva. Se exigió, en definitiva, un requisito que es de imposible cumplimiento para un FIL porque, precisamente no le es aplicable dicha Directiva, ya que no operan bajo el marco normativo diseñado por la misma. Y es obvio que se exigió este requisito porque esta condición, la de ser una IIC armonizada, es la única contemplada en la legislación española para que una IIC no residente reciba un tratamiento fiscal equivalente al que tienen las IIC armonizadas residentes en España.

Ocurre, sin embargo, que los Fondos de Inversión libre, sean o no residentes en España, no están armonizados y precisamente por ello no les resulta de aplicación la Directiva 2009/65/CE, ni la legislación nacional que la transpone. En efecto, es un elemento esencial determinante de la aplicabilidad de la Directiva 2009/65/CE que las IIC sometidas a la misma ajusten su política de inversión a los criterios y límites prudenciales establecidos en la misma. Por el contrario, es consustancial a los Fondos de Inversión Libre o Alternativa la posibilidad de no atenerse a los límites que impone la Directiva 2009/65/CE en cuanto a política de inversión y gestión de riesgos, que en los FIL es más laxa y no estar sujeta, a priori, a aquellos límites prudenciales. Esta es la razón por la que el art. 3.1.d) de la Directiva 2009/65/CE dispone que no están sujetos a su régimen las "[...] las categorías de organismos de inversión colectiva [...]" para las que sean inadecuadas las normas previstas en el capítulo VII y en el art. 83, habida cuenta de su política de inversión y de endeudamiento". Ahora bien, sucede que los FIL residentes en España tampoco son fondos armonizados en el sentido de la Directiva 2009/65/CE, ni, por tanto, acomodan su política de inversión, endeudamiento y diversificación de riesgos a dicha Directiva, por lo que, obviamente, no pueden disponer de la certificación correspondiente al cumplimiento de la Directiva 2006/65/CE. Pero ello no obsta a que se acojan al régimen de tributación más beneficioso del artículo 28.5.b) TRLIS, con un tipo de gravamen del 1%, pues el legislador nacional considera indiferente su compatibilidad con la Directiva 2009/65/CE, precisamente porque se trata de fondos no armonizados.

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 no residentes, al percibir rentas consistentes en dividendos de sociedades residentes, incurrir 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 armonizados.

Pues bien, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del TJUE (por todas, en su sentencia de 22 de noviembre de 2018, asunto C-575/17, Sofina y otros, apartado 24 y jurisprudencia citada), "[...] 47 [...] a partir del momento en que un Estado, de forma unilateral o por vía de convenios, sujeta al impuesto sobre la renta no solo a los contribuyentes residentes sino también a los no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de los mencionados contribuyentes no residentes se asemeja a la de los contribuyentes residentes (sentencias de 20 de octubre de 2011 (TJCE 2011, 322) , Comisión/Alemania, C-284/09, EU:C:2011:670, apartado 56, y de 17 de septiembre de 2015, M. y otros, C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608, apartado 67 y jurisprudencia citada) [...]"; y esta asimilación de los residentes y no residentes a la tributación por un hecho imponible que expresa idéntica manifestación de riqueza gravable, requiere que el estado miembro establezca un marco normativo claro y preciso para garantizar de manera efectiva el respeto de la libre circulación de capitales, pues tratamientos tributarios que diferencien situaciones objetivamente comparables pueden constituir una restricción a esta libertad fundamental, ya que, como resalta la misma STJUE de 22 de noviembre de 2018, cit., "24.[...] [U]n tratamiento desfavorable por un Estado miembro de los dividendos abonados a sociedades no residentes, en comparación con el que se dispensa a los dividendos abonados a sociedades residentes, puede disuadir a las sociedades establecidas en un Estado miembro distinto de ese primer Estado miembro de invertir en él y, por consiguiente, constituye una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 63 TFUE (sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, apartado 28 y jurisprudencia citada)[...]".

Es importante advertir la importancia que, a 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. Incluso un régimen aplicable indistintamente puede ser contrario a la libertad de circulación si impone condiciones para el trato fiscal más favorable que, habitualmente, tan sólo reúnen los residentes. Cualquier tratamiento diferenciado de situaciones objetivamente comparables debe estar suficientemente justificado en razones imperiosas de interés general, que han de ser interpretadas restrictivamente por cuanto constituyen una limitación al principio de libre circulación. En este sentido, es relevante lo declarado en la sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020 (C-156/17, Caso Köln-Aktienfonds Deka contra Staatssecretaris van Financiën), de constante invocación por el escrito de la Abogacía del Estado a favor de sus tesis. En la citada STJUE de 30 de enero de 2020 se reseña, respecto al derecho neerlandés examinado que "[...]54. Es pertinente observar que la legislación nacional en cuestión en el litigio principal, aplicable en el período 2002-2006, al igual que la aplicable a partir del 1 de enero de 2007, no distinguía entre los fondos de inversión residentes y los fondos de inversión no residentes, en tanto en cuanto los requisitos a los que se supeditaba la devolución del impuesto sobre los dividendos se aplicaban indistintamente a ambas categorías de fondos [...]" (negrilla añadida sobre el texto original). Por el contrario, la

legislación española aplicable, resultante de la combinación del TRLIRNR y del TRLIS sí distingue entre residentes y no residentes, dispensando un trato más favorable a los residentes, precisamente por razón de su residencia en territorio español. Y aunque el art. 65.1.a) TFUE declare que la libertad de circulación no impide a los estados miembros "[...] a) aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital; [...]", la diferencia de trato ha de tener una justificación suficiente, y las razones invocadas estarán sujetas a una interpretación estricta pues, tal y como declara la STJU de 7 de abril de 2022 (asunto C- 342/20), "[...] 67. Según reiterada jurisprudencia, el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), debe interpretarse en sentido estricto, ya que constituye una excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales. Por lo tanto, este precepto no puede interpretarse en el sentido de que toda normativa fiscal que distinga entre los contribuyentes en función del lugar en que residen o del Estado miembro en el que invierten sus capitales es automáticamente compatible con el Tratado [sentencia de 26 de febrero de 2019, X (Sociedades intermedias domiciliadas en terceros países), C-135/17, EU:C:2019:136, apartado 60 y jurisprudencia citada] [...]".

Adicionalmente, 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. En este sentido conviene traer a colación lo argumentado en la STJUE de 10 de abril de 2014 (C- 190/12), Emerging Markets SERIES of DFA Investment Trust Company, parágrafo 80, al declarar que la legislación de un estado miembro, en aquel caso Polonia, "[...] al excluir de la exención fiscal los fondos de inversión no residentes por el único motivo de que están establecidos en el territorio de un Estado tercero, la normativa fiscal nacional controvertida en el asunto principal no da a tales contribuyentes la posibilidad de probar que se ajustan a exigencias equivalentes a las establecidas en la ustawy o funduszach inwestycyjnych. [...]".

Fue precisamente la ausencia de un mecanismo de devolución que resultara aplicable indistintamente a residentes y no residentes en una situación comparable, fue el motivo por el que en las sentencias de este Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2019 (rec. cas. 5405/2017) y de 28 de marzo de 2019 (rec. cas. 5822/2017), se declaró que el Reino de España infringía el Derecho de la Unión Europea en relación al tratamiento dispensado a las IIC armonizadas antes de la reforma introducida en el TRLIRNR por la Ley 2/2010, de 1 de marzo, que equiparó el tratamiento fiscal de las IIC armonizadas residentes y no residentes. En las sentencias de 27 y 28 de marzo de 2019, cit., examinamos la ausencia de mecanismo de devolución del exceso de tributación sobre la cantidad retenida a cargo de las IIC no residentes armonizadas, en la situación anterior a la reforma introducida por la Ley 2/2010 en el TRLIRNR, y concluimos que "[...] nos encontramos ante una infracción del Derecho de la Unión Europea originaria, que existe por el hecho mismo de que en el IRNR la retención no sea propiamente tal, sino una forma sui generis de gestión tributaria, en tanto que lo que se denomina "retención" no es un pago a cuenta pendiente de un ajuste posterior, sino el pago final de la cuota, sin posibilidad alguna de reembolso de lo excesivo, precisamente porque la ley no concibe en su diseño legal la posibilidad de exceso [...]".

También es relevante en este caso la ausencia de regulación normativa que garantice la inexistencia de discriminación contraria al principio de libre circulación de capitales, y no solo en lo procedimental, sino principalmente en lo sustantivo, como consecuencia de la falta de definición a nivel normativo del marco de comparabilidad. Baste recordar aquí lo declarado por constante jurisprudencia del TJUE, de la que citaremos, por todas, la sentencia de 17 de marzo de 2022 [Caso Allianz GI-Fonds AEVN contra Autoridade Tributária e Aduaneira (C-545/19), al señalar que "[...] 49. Según reiterada jurisprudencia, desde el momento en que un Estado, de forma unilateral o por vía de convenios, establece la sujeción al impuesto sobre la renta no solo de los contribuyentes residentes sino también de los no residentes, por los dividendos que perciban de una sociedad residente, la situación de los mencionados contribuyentes no residentes se asemeja a la de los contribuyentes residentes (sentencia de 22 de noviembre de 2018, Sofina y otros, C-575/17, apartado 47 y jurisprudencia citada) [...]", y esta asimilación de los residentes y no residentes a la tributación por el hecho imponible de que se trate, requiere que el estado miembro establezca un marco normativo claro para garantizar de manera efectiva el respeto de la libre circulación de capitales, y que, mediante tratamientos tributarios que diferencien situaciones objetivamente comparables no se introduzca una restricción a esta libertad fundamental.

Ahora bien, para verificar si un marco normativo nacional es respetuoso con el principio de libre circulación, el elemento fundamental es el propio ordenamiento jurídico nacional, y no cabe admitir que el mismo resulte modificado por unas prácticas administrativas que, de forma puntual y aislada, introduzcan criterios de interpretación que extraen de la norma nacional unos criterios de comparabilidad que no han sido establecidos por la legislación. Así lo declara la STJUE de 17 de marzo de 2022, cit., cuando precisa que "60. [...] solamente deben tenerse en cuenta los criterios de distinción pertinentes establecidos por la normativa en cuestión para apreciar si la diferencia

de trato que resulta de dicha normativa refleja una diferencia de situaciones objetiva (véase, en este sentido, la sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, apartado 49 y jurisprudencia citada) [...]. Como ha declarado la STJUE de 28 de junio de 2022 (asunto 278/20, Comisión Europea y España), en relación a otro principio también fundamental del Derecho de la Unión, como es el de responsabilidad del Estado "[...] 81 [...] es preciso recordar que, si bien el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales debe apreciarse teniendo en cuenta la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales (sentencias de 8 de junio de 1994, Comisión/Reino Unido, C-382/92, EU:C:1994:233, apartado 36 y jurisprudencia citada, y de 16 de septiembre de 2015, Comisión/Eslovaquia, C-433/13, EU:C:2015:602, apartado 81 y jurisprudencia citada), la existencia de una jurisprudencia, aun cuando emane de un órgano jurisdiccional supremo, no basta, habida cuenta del carácter fundamental del principio de responsabilidad del Estado por aquellas infracciones del Derecho de la Unión que le sean imputables (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de septiembre de 2015, Ferreira da Silva e Brito y otros, C-160/14, EU:C:2015:565, apartado 59) [...]". Esta consideración es plenamente aplicable al examen del derecho nacional a la luz del principio de libre circulación de capitales, sin discriminación por razón de la residencia, por constituir una de las cuatro libertades fundamentales, y por tanto inherente al sistema de los Tratados. Por ello, la STJUE de 17 de marzo de 2022, cit., (asunto C-545/19 precisa que "[...] 49. El Tribunal de Justicia ha declarado también que, en consecuencia, es necesario distinguir las diferencias de trato permitidas en virtud del artículo 65 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, letra a), de las discriminaciones prohibidas por el apartado 3 de este mismo artículo. Pues bien, para que una normativa fiscal nacional pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es necesario que la diferencia de trato resultante afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o resulte justificada por razones imperiosas de interés general [sentencia de 29 de abril de 2021, Veronsaajien oikeudenvaltontayksikkö (Rendimientos abonados por OICVM), C-480/19, EU:C:2021:334, apartado 30 y jurisprudencia citada] [...]".

Tan solo las legislaciones nacionales pueden introducir justificadamente limitaciones, en los términos del art. 65 TFUE, que afecten a la libertad fundamental de circulación de capitales. Y una restricción injustificada que hubiera sido introducida en el nivel normativo, supone por sí misma una vulneración del Derecho de la Unión Europea que no podrá entenderse eliminada y neutralizada simplemente por una determinada práctica administrativa que pretenda atemperar a las exigencias del principio de libre circulación de capitales lo que resulta de un marco normativo que introduce injustificadamente una limitación a la libre circulación de capitales. Como ha declarado la STJUE de 17 de marzo de 2022 (C- 545/19), puede existir esa restricción injustificada a la libertad de circulación de capitales cuando "[...] 52. [...] la normativa nacional controvertida en el litigio principal no se limita a establecer diferentes modalidades de percepción del impuesto en función del lugar de residencia del OIC beneficiario de los dividendos de origen nacional, sino que, en realidad, establece una tributación sistemática de tales dividendos a la que están sujetos únicamente los organismos no residentes (véase, por analogía, la sentencia de 8 de noviembre de 2012, Comisión/Finlandia, C-342/10, EU:C:2012:688, apartado 44 y jurisprudencia citada) [...]", situación que es equiparable a aquella en que, aun sometiendo a tributación mediante retención en la fuente a todos los beneficiarios de dividendos de origen nacional, sean o no residentes, sin embargo reserva el gravamen definitivo, a un tipo mucho más beneficioso que el de la retención originario (1% frente al 19% de la retención), a los perceptores de dividendos residentes, y no justifica el diferente tratamiento menos beneficioso dispensado a los no residentes, aunque estén en situación comparable.

La importancia del principio de seguridad jurídica en la regulación de los materias afectadas por el Derecho de la Unión Europea ha sido reafirmada por el TJUE en su sentencia de 17 de marzo de 2022, cit., al declarar que es obligación de los estados miembros formular sus reglas fiscales de manera inequívoca en virtud del principio de seguridad jurídica en aquellos ámbitos regulados por el Derecho de la Unión Europea, consideración que es muy pertinente en un caso como el que enjuiciamos, pues la legislación española no establece de manera clara y precisa los requisitos que debe cumplir un FIL no residente para acogerse a un tratamiento fiscal en caso de situación comparable con un FIL residente, colocando a los interesados en un estado de incertidumbre, con vulneración del principio de efectividad que debe satisfacer la legislación nacional cuando están concernidos ámbitos regulados por el Derecho de la Unión Europea, máxime si se trata, como en este caso, de una libertad fundamental reconocida en los Tratados. En esta línea cabe citar lo declarado en la STJU de 7 de abril de 2022 (asunto C-342/20 A SCPI-Veronsaajien oikeudenvaltontayksikkö):

"84. A este respecto, procede recordar, en primer lugar, que, en virtud del principio de seguridad jurídica, en los ámbitos regulados por el Derecho de la Unión, las normas jurídicas de los Estados miembros deben formularse de una manera inequívoca que permita a las personas interesadas conocer sus derechos y obligaciones de forma clara y precisa y a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar su cumplimiento (sentencia de 15 de abril de 2021, Finanzamt für Körperschaften Berlin, C-868/19, no publicada, EU:C:2021:285, apartado 50 y jurisprudencia citada) [...]."

Esta garantía, además, no puede limitarse al plano meramente formal, puesto que el principio de seguridad jurídica no puede ser utilizado para introducir restricciones. Por ello, señala la STJUE de 7 de abril de 2022, cit.,

precisa que "85 [...] el objetivo de seguridad jurídica no puede justificar una restricción a las libertades de circulación. En efecto, de ser así, los Estados miembros podrían imponer libremente tales restricciones mientras estuviesen formuladas de manera inequívoca [...]".

La satisfacción de estas garantías no comporta ningún impedimento para el ejercicio de las potestades de control de la Administración nacional sobre el cumplimiento de los requisitos para el disfrute de ventajas fiscales. Tal y como ha declarado el TJUE en su sentencia de 30 de enero de 2020 (C-156/17, Caso Köln-Aktienfonds Deka contra Staatssecretaris van Financiën): "[...] 61. En lo tocante, en segundo lugar, a las pruebas que deben aportar los fondos de inversión no residentes para demostrar que cumplen los requisitos que les permiten acogerse al régimen de las EICF y obtener, por tanto, la devolución del impuesto sobre los dividendos pagado, procede recordar que las autoridades fiscales de un Estado miembro están facultadas para exigir al contribuyente las pruebas que consideren necesarias para apreciar si se cumplen los requisitos de una ventaja fiscal prevista por la legislación pertinente y, por consiguiente, si procede conceder o no dicha ventaja (sentencia de 10 de febrero de 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen, C-436/08 y C-437/08, EU:C:2011:61, apartado 95 y jurisprudencia citada) [...]".

Sin embargo, tal facultad de control conlleva, como elemento consustancial al principio de seguridad jurídica, la de regular de forma expresa la documentación e información que deben ser aportados, pues si bien "[...] El contenido, la forma y el grado de precisión que debe satisfacer la información aportada por el contribuyente para poder disfrutar de una ventaja fiscal vienen determinados por el Estado miembro que concede tal ventaja con el fin de permitir a este último la aplicación correcta del impuesto (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de octubre de 2014, van Caster, C-326/12, EU:C:2014:2269, apartado 52). [...]", tal y como advierte el último inciso del apartado 61 de esa misma STJUE de 30 de enero de 2020, no por ello "[...] cabe exigir a éste [contribuyente] que presente justificantes que sean absolutamente conformes con la forma y el grado de precisión de los justificantes exigidos por la legislación nacional del Estado miembro que concede esa ventaja cuando los justificantes aportados por el referido contribuyente permiten a este Estado miembro comprobar de manera clara y precisa si concurren los requisitos de obtención de la ventaja fiscal en cuestión [...]". En resumen, la ausencia de la regulación que corresponde establecer al legislador nacional no puede convertirse en un elemento que impida a los no residentes en situación comparable del disfrute de la ventaja fiscal otorgada a los residentes.

Todavía en este mismo campo de las facultades de control, no debe olvidarse que la Administración tributaria dispone de los mecanismos para contrastar la información que proporciona la parte que solicita la devolución, gracias al marco convencional de intercambio de información entre los estados miembros de la Unión Europea, instrumentos que permiten al Estado que impone el gravamen a los FIL no residentes contrastar cuanta información pueda resultar necesaria para verificar las características y naturaleza de los FIL no residentes y el régimen de imposición en su estado de residencia. En este caso, el marco de intercambio de información está plenamente disponible en virtud del Convenio entre el Reino de España y la República de Francia a fin de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y el fraude fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, que fue firmado en Madrid el 10 de octubre de 1995.

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 europea, 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.

Por último, hay que recordar que, en una situación en la que el derecho nacional vulnera el Derecho de la Unión Europea, por restringir injustificadamente la libre circulación de capitales, tal infracción debe ser declarada por este Tribunal, sin que para ello sea preciso el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Consideramos que se trata de una situación de acto claro, que releva a este Tribunal del planteamiento de cuestión prejudicial, en los términos del art. 267 TFUE. En efecto, tanto el alcance del principio de libre circulación de capitales del art. 63 TFUE como los criterios legítimos para introducir eventuales restricciones, conforme al art. 65 TFUE, han sido objeto de una nutrida jurisprudencia del TJUE de la que se ha dejado extensa referencia en esta sentencia.

También nuestra propia jurisprudencia ha declarado la infracción del Derecho de la Unión Europea en situaciones análogas referidas a las IIC armonizadas, y así se hizo en las SSTs de 27 y 28 de marzo de 2019, citadas anteriormente. El propio legislador nacional reconoció concluyentemente con la reforma introducida en el TRLIRNR por Ley 2/2010, como dijimos en la STS de 27 de marzo de 2019, la existencia de aquel trato discriminatorio por razón de residencia, en el caso de las IIC armonizadas no residentes, reforma legislativa a la que no fue ajeno el inicio de un procedimiento de infracción contra el Reino de España por parte de la Comisión Europea (el núm. 2009/4245) por la posible incompatibilidad con el TCE y con el Acuerdo del Espacio Económico Europeo (AEEE) del trato diferenciador por razón de residencia derivado del art. 28 TRLIS y los arts. 14, 25 y 31 del TRLIRNR.

Sin embargo, aquella reforma legislativa dejó fuera de su alcance la situación de distinto tratamiento fiscal entre FIL residentes en España y los FIL no residentes en España que aquí nos ocupa. Todos estos elementos determinan que estemos ante un ámbito en que resulta de plena aplicación la doctrina del "acto claro" antes expuesta, pues, tal y como ha declarado la STJUE de 6 de octubre de 2021 (asunto C-561/19) "[...] El artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno debe cumplir con la obligación de plantear al Tribunal de Justicia una cuestión relativa a la interpretación del Derecho de la Unión que se le haya sometido, salvo que conste que dicha cuestión no es pertinente, que la disposición del Derecho de la Unión de que se trate ya ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia o que la interpretación correcta del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable. La concurrencia de tal eventualidad debe apreciarse en función de las características propias del Derecho de la Unión, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de la Unión [...]".

Es más, en realidad el litigio no versa tanto sobre si existe o no una infracción del derecho de la Unión Europea a nivel normativo, en lo cual no hay margen de duda, e implícitamente se admite en la propia resolución del TEAR y las alegaciones de la abogacía del Estado, como antes se ha explicado. En efecto, el núcleo del debate consiste en determinar qué elementos deben concurrir en la entidad aquí recurrente para declarar que, efectivamente, está en una situación comparable con los FIL residentes.

Una vez constatada la situación de comparabilidad, la consecuencia es determinar el mecanismo de reparación de la vulneración del derecho de la Unión Europea. Y el remedio no puede ser otro que la inaplicación de la norma discriminatoria y, eliminada la misma, el restablecimiento de la situación jurídica individualizada que corresponde a quien ha sufrido una actuación vulneradora del principio de libre circulación (art. 71.1.b LJCA), sin que resulte especialmente relevante si este restablecimiento se adopta por la vía del procedimiento de devolución de ingresos indebidos, ya que en este caso es simplemente un cauce procedimental que no se ha reputado inadecuado por la Administración demandada, que nada ha opuesto a la idoneidad de tal procedimiento. No es baladí recordar que en la dinámica de gravamen mediante retención sin autoliquidación que impone el TRLIRNR a los FIL no residentes no hay una actuación administrativa firme, y ningún óbice de firmeza se aduce. Lo que subyace en la pretensión actora es, en definitiva, el restablecimiento de la situación jurídica individualizada como medio para dejar sin efecto la infracción del Derecho de la Unión Europea, técnica que hemos considerado apropiada en anteriores situaciones en las que hemos declarado la vulneración del Derecho de la Unión Europea, entre las que cabe citar, por todas, nuestra STS de 7 de febrero de 2012 (rec. cas. 419/2010).

UNDÉCIMO.- Sobre el grado de equivalencia y efectividad del procedimiento de devolución de ingresos indebidos.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resulta que en la obligación de reparar las consecuencias del perjuicio causado por la infracción del Derecho de la Unión, las legislaciones nacionales no pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) y no pueden articularse de manera que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la reparación o indemnización (principio de efectividad). Así resulta, entre otras de las STJUE de 26 de enero de 2010, Transportes Urbanos y Servicios Generales, C-118/08, apartado 31 y jurisprudencia citada, y de 4 de octubre de 2018, Kantarev, C- 571/16, apartado 123. Por otra parte, el principio de equivalencia es pertinente para apreciar no solo los requisitos procesales que regulan las acciones de responsabilidad del Estado por los daños que éste ocasiona infringiendo el Derecho de la Unión, sino también a los requisitos sustantivos aplicables al ejercicio de tales acciones (STJUE de 28 de junio de 2022, asunto C-278/20, Comisión Europea/Reino de España).

La autoliquidación y correspondiente solicitud de ingresos del Impuesto de Sociedades es una devolución derivada de la normativa propia del tributo (art. 31 de la LGT), en la que se contiene de forma perfectamente preestablecida el contenido sustantivo que determinará el eventual derecho a la devolución, por la aplicación de la normativa del tributo. Por el contrario, el contenido sustantivo que se ventila en los procedimientos de devolución de ingresos indebidos, que se pretende por la Administración que sean considerados como suficientemente efectivos y equivalentes, no es otro que verificar si se ha ingresado o no la cuota que resulta del IRNR, y ésta se configura en el ya mencionado art. 25.1.a) y f) del TRLIRNR, corregido en su caso, por el tipo que resulte del convenio de doble imposición, es decir, un gravamen ya definitivo al tipo del 19% o en su caso el del 15% del convenio de doble imposición.

Resulta patente que en ese procedimiento de devolución de ingresos indebidos no hay determinación sustantiva de las condiciones que han de cumplir los FIL no residentes para obtener un tratamiento comparable al de los FIL residentes que disfrutan de un régimen privilegiado de gravamen al tipo del 1 por ciento en el Impuesto de Sociedades, y el juicio sobre una eventual comparabilidad queda diferido al criterio del órgano administrativo y, en su caso, del órgano administrativo de revisión, o económico administrativo. Por tanto, no se cumplen las garantías de equivalencia y efectividad que impone el Derecho de la Unión Europea.

DUODÉCIMO.- Conclusiones.

Como síntesis de todo lo expuesto, hemos de concluir que la legislación fiscal española somete a imposición la renta, tanto de los FIL residentes como también de los FIL no residentes, en ambos casos por los dividendos que

perciban de una sociedad residente, por lo que grava una misma manifestación de capacidad económica, y está obligada a garantizar que dicha medida no constituye una restricción a la libertad de circulación de capitales proclamada por el art. 63 TFUE. En esa situación, al tratarse de un ámbito regulado por el Derecho de la Unión, y en virtud del principio de seguridad jurídica, debe formular sus normas jurídicas sobre el régimen jurídico aplicable, en especial cuando afecta a las situaciones transfronterizas, de una manera inequívoca, que permita a las personas interesadas conocer sus derechos y obligaciones de forma clara y precisa y a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar su cumplimiento.

La situación de los FIL no residentes, por el hecho de ser sometidos a gravamen, se asemeja a la de los contribuyentes residentes (STJUE de 17 de marzo de 2022, cit.), por lo que cuando el Reino de España impone el gravamen a los no residentes dispensándoles un tratamiento que es menos beneficioso que el que reserva a los FIL residentes, debe justificar que esta diferenciación no implica un tratamiento discriminatorio respecto a situaciones que sean objetivamente comparables.

La ausencia de regulación de las condiciones de comparabilidad para recibir el mismo tratamiento fiscal, así como del correspondiente procedimiento de devolución del exceso de gravamen soportado como retención en la fuente por aquellos FIL no residentes que estuvieran en situaciones comparables a los residentes que disfrutaban de un régimen de tributación más beneficioso, vulnera el principio de libre circulación de capitales garantizado en el art. 63 del TFUE, vulneración que resulta clara, y no requiere que este Tribunal plantee cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por último, ni la representación del Estado ha invocado, ni se desprende del régimen normativo nacional, que existan razones imperiosas de interés general que justifiquen ese tratamiento diferenciado sobre situaciones que son objetivamente comparables.

DECIMOTERCERO.- Sobre los criterios generales a considerar para apreciar la comparabilidad.

Para resolver sobre la solicitud de un FIL no residente que reclama la eliminación del trato discriminatorio y restrictivo de la libertad de circulación de capitales que hemos declarado, y que afirma su comparabilidad con los FIL residentes, no cabe aplicar directamente aquellos aspectos del derecho nacional español que se ocupan exclusivamente de la situación y requisitos de las IIC o FIL residentes.

Así lo impone el principio de primacía y el efecto útil del Derecho de la Unión Europea que encomienda a todo juez nacional, al resolver conflictos en los que están concernidos ámbitos regulados por el Derecho de la Unión Europea, adoptar aquella interpretación que garantice la plena efectividad de la norma europea, en este caso, del principio de libre circulación de capitales proclamado en el art. 63 del TFUE, por cuanto el efecto útil del artículo 267 TFUE se vería reducido si el juez nacional no pudiera aplicar inmediatamente el Derecho de la Unión de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (véase, en ese sentido, la sentencia Simmenthal, 106/77, apartado 20). Como ha declarado la STJUE de 5 de abril de 2016 (asunto C-689/13, asunto Puligienica Facility Esco Spa) "[...] 40. El juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada si fuera necesario, y por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que deba solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional [...]". En el mismo sentido, la STJUE de 22 de junio de 2022, apartado 142 declara que "[...] el carácter vinculante de las disposiciones del Derecho de la Unión, aunque no tengan efecto directo, supone, para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretar el Derecho nacional de conformidad con dichas disposiciones (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing, C-106/89, EU:C:1990:395, apartados 6 y 8, y de 21 de enero de 2021, Whiteland Import Export, C-308/19, EU:C:2021:47, apartado 30). Esta obligación tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación contra legem del Derecho nacional (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, C-212/04, EU:C:2006:443, apartado 110, y de 18 de enero de 2022, Thelen Technopark Berlin, C-261/20, EU:C:2022:33, apartado 28). [...]". En la propia Constitución, en su art. 96 se consagra el principio de integración de los Tratados de la Unión Europea en el ordenamiento jurídico interno, y el art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la primacía del Derecho de la Unión al declarar que "[...] 1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [...]".

En ausencia de una legislación nacional que resulte aplicable indistintamente a residentes y no residentes, y en la que la combinación de las diferentes leyes aplicables a FIL residentes y no residentes deviene en un tratamiento tributario más beneficioso, aplicable exclusivamente a los FIL residentes en ciertas condiciones diseñadas bajo la consideración de elementos propios del derecho nacional, corresponde a este Tribunal, una vez que ha constatado que a nivel legislativo se produce efectivamente una vulneración del principio de libre circulación de capitales, determinar si el restablecimiento de la libertad vulnerada exige, en el concreto caso del FIL recurrente, dispensar el mismo tratamiento fiscal otorgado a los FIL residentes comparables y las medidas para alcanzar tal efecto.

Para ello, el primer paso es determinar la naturaleza jurídica del organismo o entidad no residente que invoca tal vulneración y reclama que se ponga remedio a la discriminación. Pues bien, hemos de constatar si dicha

entidad reviste una forma jurídica análoga o comparable a la de los organismos o entidades residentes que disfrutan del tratamiento fiscal más beneficioso. Dicho de otra forma, se ha de verificar que bajo la invocación de que se trata de un Fondo de Inversión Libre o Alternativo, no existe otro tipo de forma o entidad ajena a tal tipología y por tanto en una situación objetivamente diferente.

Para realizar tal examen no cabe aplicar miméticamente los requisitos que son exigidos a las IIC residentes, sino el objetivo de la normativa nacional, y su objeto y contenido. Así lo ha declarado la STJUE de 30 de enero de 2020 (asunto C-156/17) "76. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el carácter comparable entre una situación transfronteriza y una situación interna debe examinarse teniendo en cuenta el objetivo de la normativa nacional controvertida, así como el objeto y el contenido de esta (véase, en particular, la sentencia de 2 de junio de 2016, Pensioenfond Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, apartado 48 y jurisprudencia citada)". En este sentido hay que tener presente que comparabilidad no significa identidad, y que estamos ante una legislación que tan sólo se ocupa del régimen y características de los FIL residentes, por lo que deben excluirse todos aquellos elementos que sean propios y característicos exclusivamente de los mismos.

Por último, y como elemento general de interpretación, hay que recordar que en el campo de los FIL no existe una armonización a nivel del Derecho de la Unión Europea, lo que, sin embargo, no puede hacer inefectivo el principio de libre circulación de capitales, conforme ha declarado la jurisprudencia del TJUE, de la que cabe citar nuevamente la STJUE de 7 de abril de 2022, que, en su apartado 62, después de señalar antes (apartado 57) que en el ámbito de los Fondos de Inversión Libre o Alternativos "[...] [c]iertamente, dado que el Derecho de la Unión no está armonizado a este respecto, los Estados miembros son libres para determinar la forma jurídica conforme a la cual los fondos pueden constituirse en su territorio [...]", tal circunstancia no debe impedir la efectividad del principio de libre circulación de capitales reconocido en el art. 63 TFUE. Por ello argumenta la STJU de 7 de abril de 2022, cit., que "[...] 61 [...] habida cuenta de la falta de armonización señalada en el apartado 57 de la presente sentencia, la libre circulación de capitales se vería privada de sus efectos si un organismo de inversión colectiva no residente, constituido según la forma jurídica autorizada o exigida por la legislación del Estado miembro en el que está establecido y que opera de conformidad con dicha legislación, se viera privado de una ventaja fiscal en otro Estado miembro en el que invierte por el solo hecho de que su forma jurídica no se corresponde con la forma jurídica que se exige a los organismos de inversión colectiva en este segundo Estado miembro [...]".

Bajo estas premisas y criterio interpretativo, hemos de examinar en primer lugar aquellos elementos intrínsecamente considerados por el derecho nacional para otorgar el tratamiento fiscal más beneficioso a los FIL residentes.

DECIMOCUARTO.- El juicio de la Sala acerca de los elementos relevantes para apreciar la situación de comparabilidad.

a) Sobre el número de partícipes.

Un primer elemento en el que la Administración insiste es el del número de partícipes. Considera la defensa de la Administración, al igual que la resolución del TEAR, que este elemento es muy relevante para que los FIL residentes en España pueden acogerse al tipo de gravamen del 1%, por cuanto el art. 28.5.b) exige que el número de partícipes sea como mínimo el exigido en el art. 5.4 de la Ley 35/2003 de IIC. Sin embargo, hay que precisar que no es la norma tributaria la que impone un determinado número mínimo de partícipes, sino que se remite al número de partícipes que establezca la legislación de autorización, puesto que se remite al que establezca el art. 5.4 de la Ley 35/2003 de IIC, por tanto, a un elemento que hace referencia a las condiciones para obtener la propia autorización de funcionamiento del FIL, elemento que no es uniforme en todas las IIC.

Por otra parte, no cabe concluir que el legislador español considere el número de partícipes, con carácter general, como un elemento relevante del tratamiento fiscal otorgado a las situaciones transfronterizas de fondos no residentes operando en España. De entrada, este requisito ni tan siquiera es mencionado -ni desde luego es relevante- cuando se regula de forma explícita la exención de rentas por dividendos para las IIC no residentes, concretamente las armonizadas, respecto a las que el art. 14 del TRLIRNR limita la comparabilidad a que se acredite que son IIC armonizadas, lo cual no requiere, en modo alguno, aquel número mínimo de partícipes. Prueba de ello es que el art. 7.1.b) de la Orden EHA/3316/2010, de 17 de diciembre, por la que se aprueban los modelos de autoliquidación 210, 211 y 213 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, dispone que "[...] en el caso de la exención del artículo 14.1.1), adjuntarán un certificado emitido por la autoridad competente del Estado miembro de origen de la institución en el que se manifieste que dicha institución cumple las condiciones establecidas en 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 (OICVM). La autoridad competente será la designada conforme a lo previsto en el artículo 97 de la citada Directiva [...]". Es decir, basta la mera presentación del certificado de cumplir las condiciones establecidas en la Directiva 2009/65/CE, sin ninguna otra consideración sobre las características estructurales y de composición de la IIC ni, desde luego, el número mínimo de partícipes.

Por consiguiente, no cabe afirmar, sobre la base de la interpretación de la normativa nacional, que el número de partícipes constituya un elemento esencial para establecer la comparabilidad en situaciones transfronterizas. Antes bien, la interpretación sistemática de la legislación relativa a las IIC armonizadas permite constatar que es un

aspecto secundario, y en el caso de los FIL residentes en España el número mínimo de partícipes exigido por el reglamento de la Ley 35/2003 de IIC es de tan solo veinticinco (art. 73.1.c del Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva).

En el sentido de la ausencia de relevancia, a efectos de comparabilidad, de una determinada estructura que imponga un mínimo de partícipes, incluso cuando ello se traduce en una determinada forma jurídica del fondo, puede verse la STJUE de 7 de abril de 2022 (asunto C-342/20, A SCPI), en que la legislación finesa exigía, para admitir la comparabilidad de OIC extranjeros una determinada forma jurídica contractual que conllevaba, entre otros elementos un número mínimo de treinta partícipes (apartado 9). En su apartado 64 declara la STJUE de 7 de abril de 2022 que 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 (apartado 65).

b) Sobre el modo de captación del capital.

Mucho más relevante en este sentido de la composición subjetiva o de partícipes de las IIC, es que los FIL obtengan capital externo, es decir del público en general, aunque sea con determinadas restricciones por razón de la cualificación del inversor o una cantidad mínima de inversión, en el caso de los FIL. En efecto, el sistema impositivo español de tributación de los fondos de inversión está presidido por la finalidad de facilitar el acceso de todos los inversores, también los pequeños, en definitiva al público en general, a inversiones a las que tiene difícil acceso en su condición de inversor individual, al tiempo que evitar la doble imposición de los rendimientos procedentes de esa inversiones y procurar tratar fiscalmente como inversiones directas las inversiones realizadas a través de fondos. Por tanto, es relevante verificar que los FIL no sean meras sociedades de cartera destinadas a gestionar patrimonios personales o familiares, tal y como señala el apartado séptimo del preámbulo de la Directiva 2011/61/UE, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos, y que tampoco limiten el universo de socios o partícipes por otros criterios de carácter subjetivo, sino que estén destinados al público en general.

c) Sobre el carácter abierto del Fondo.

La consideración del carácter abierto del FIL como un elemento esencial, requiere importantes matizaciones. Cuando se habla del carácter abierto se hace referencia, en realidad, no tanto a las condiciones de acceso al fondo, del que ya hemos dicho que debe estar abierto al público en general, como al grado de liquidez de las participaciones, pues también en este ámbito los FIL residentes en España pueden tener un grado de liquidez mucho más restringido que las IIC armonizadas, e incluso periodos de permanencia mínimos del partícipe de hasta un año (art. 73.1, e y f del citado Real Decreto 1082/2012), lo que minimiza la trascendencia del carácter abierto, que en puridad, ya lo hemos dicho, 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, ya que, en esencia, las IIC abiertas se caracterizan porque las participaciones o unidades, a petición del tenedor, son recompradas directa o indirectamente, con cargo a los activos de la IIC, que, por otra parte puede actuar para que la negociación de las mismas en determinado mercado no se separe sensiblemente de su valor liquidativo (art. 1.2.b. de la Directiva 2009/65/CE).

d) Sobre el capital mínimo del FIL.

Por lo que se refiere al capital mínimo, tampoco puede considerarse una característica esencial del régimen de tributación, sino más propiamente del régimen de autorización, que corresponde establecer al país de origen y a su autoridad de supervisión. No se justifica por la defensa de la Administración qué trascendencia puede tener desde el punto de vista del tratamiento fiscal la exigencia de un capital mínimo, sin que ello suponga negar que, ello pueda ser un elemento relevante desde el punto de vista de autorización de funcionamiento, y como criterio prudencial para facilitar la liquidez de las participaciones.

Sin embargo, no cabe trasladar miméticamente este elemento al ámbito fiscal, puesto que es un dato que puede variar entre los distintos estados, sin que ello afecte a la capacidad del FIL para realizar inversiones en aquellos estados que no sean el de su origen o residencia, pero tampoco a su capacidad para comercializar participaciones en otro estado miembro a través de la correspondiente sociedad gestora. Como ha declarado la STJUE de 7 de abril de 2022, cit., las consideraciones de los Gobiernos nacionales relativas a la mayor protección de los inversores que se deriva de una determinada forma, en el caso de España de la exigencia del referido capital mínimo, es una característica que pone de manifiesto las razones que pueden haber llevado al legislador nacional a exigir que los fondos de inversión residentes se constituyan con este límite mínimo, pero tales consideraciones no permiten diferenciar de manera objetiva los organismos de inversión colectiva que revisten este nivel mínimo de capital, de los no residentes que tengan un nivel de capital inferior, en relación con el tratamiento del tipo de gravamen sobre los rendimientos de las inversiones que realizan en las sociedades residentes en el país de imposición.

e) La política de inversión, riesgos y diversificación.

Por último, los elementos de política de inversión, naturaleza de los riesgos asumidos en la gestión, grado de apalancamiento, diversificación de inversiones, no son elementos relevantes del tratamiento fiscal. Ante todo, porque no lo son respecto a los FIL residentes, sin perjuicio de que los residentes en España deban atenerse a los límites y condiciones que en estos aspectos introduce la normativa regulatoria de autorización y funcionamiento en España. No cabe identificar ningún elemento en la norma fiscal nacional que pudiera imponer determinadas condiciones en este sentido, a los efectos de obtener un trato fiscal equivalente al otorgado a los FIL residentes comparables. El objetivo de la norma fiscal no es establecer una regulación prudencial de la política de inversión de los FIL, y de hecho no lo hace respecto a los FIL residentes. Por consiguiente, carecen de relevancia consideraciones sobre el nivel de riesgo de la política de inversión que puedan seguir los FIL no residentes, pues ello compete a la autoridad que otorga la autorización de funcionamiento y efectúa la supervisión, y al gestor del FIA, que debe operar conforme al marco regulatorio proporcionado por la Directiva 2011/61/UE, que homogeneiza el régimen de los gestores de los FIA. No cabe olvidar que el objeto de la norma fiscal no es disciplinar la comercialización de participaciones de FIA no residentes en España, sino el tratamiento fiscal de los dividendos recibidos por su inversión en entidades residentes en España.

f) Los elementos normativos del Derecho de la Unión Europea. La gestión por un Gestor de Fondos de Inversión Alternativa.

Junto a los elementos del derecho nacional que se han analizado, se debe acudir a aquellos elementos comunes que proporciona el Derecho de la Unión Europea, sobre la base de la existencia de un acervo jurídico común de los estados miembros, y en particular de la garantía de autorización de constitución y funcionamiento en el estado de residencia, partiendo de que, conforme al principio de libre circulación de capitales, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

En este sentido, un elemento muy relevante para garantizar que la IIC que solicita la devolución es un FIL comparable con los FIL residentes es la exigencia de que estén gestionados por un Gestor de Fondos de Inversión Alternativa (GFIA) debidamente autorizado en los términos requeridos en la Directiva 2011/61/UE, que homogeneiza el régimen de los gestores de los FIA, como elemento base para la efectividad del principio de libre circulación de capitales en el sector de los FIA. En ese sentido, es conveniente traer a colación lo expuesto en el punto 10 del preámbulo de la Directiva 2011/61/UE, que hace la siguiente advertencia: "[...] La presente Directiva no regula los FIA. Por lo tanto, los FIA deben poder seguir siendo regulados y supervisados a nivel nacional. Resultaría desproporcionado regular la estructura o composición de las carteras de los FIA gestionados por GFIA a escala de la Unión y, dados los muy diversos tipos de FIA que estos gestionan, sería difícil realizar una armonización de tal envergadura. La presente Directiva no impide, por consiguiente, a los Estados miembros adoptar o seguir aplicando requisitos nacionales en relación con los FIA establecidos en su territorio [...]". Sin embargo, se aclara a continuación que "[...] El hecho de que un Estado miembro pueda imponer a los FIA establecidos en su territorio requisitos adicionales a los que se aplican en otros Estados miembros no debe impedir que los GFIA que estén autorizados en otros Estados miembros de conformidad con la presente Directiva ejerzan su derecho de comercializar entre inversores profesionales en la Unión FIA establecidos fuera del Estado miembro que imponga requisitos adicionales y que, en consecuencia, no están sujetos a dichos requisitos adicionales ni deben satisfacerlos [...]".

g) La autorización de constitución y funcionamiento en estado de origen.

El segundo elemento derivado de la normativa de la Unión Europea es la autorización de constitución y funcionamiento en el estado miembro en que sea residente, en este caso en Francia, pues si bien cada estado miembro conserva sus competencias para regular y supervisar a nivel nacional, la autorización de funcionamiento como FIL gestionado por un gestor de FIA, en los términos de la Directiva 2011/61/UE, garantiza que se trata de organismos de inversión colectiva, como señala el apartado 6 del preámbulo de la Directiva 2011/61/UE, que es una disposición de derecho europeo que se circunscribe a las entidades que gestionen FIA como actividad habitual, y ello "[...] independientemente de que dichos FIA sean de tipo abierto o cerrado, de la forma jurídica de los FIA o de que se coticen o no [...]".

h) Captación de recursos del público en general.

Por último, y como se ha examinado anteriormente, debe acreditarse suficientemente que la entidad solicitante capta los recursos externos o capital del público en general, sin quedar restringido el acceso a un determinado ámbito por razones subjetivas como pueden ser aquellos organismos de inversión que restrinjan el acceso a quienes ostenten la condición de empleados de una empresa, organismo o administración.

i) El tratamiento tributario de los rendimientos obtenidos por los partícipes.

Aunque el sistema español de tratamiento de los fondos de inversión está presidido por la finalidad de evitar la doble imposición, evitando el gravamen de los rendimientos obtenidos por las IIC y situando el gravamen cuando se produzca la materialización de los rendimientos para el partícipe, conviene recordar que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, si el objetivo de la normativa nacional controvertida es trasladar la carga impositiva del instrumento de la inversión al accionista de ese instrumento, habrán de considerarse criterio determinante las condiciones materiales del ejercicio de la potestad tributaria sobre los rendimientos de los accionistas, y no la técnica impositiva utilizada (sentencia de 21 de junio de 2018, Fidelity Funds y otros, C-480/17, EU:C:2018:480, apartado

60, y sentencia de 17 de marzo de 2022, Asunto Allianz GI-Fonds, apartado 68). La necesidad de preservar la coherencia de un régimen fiscal puede justificar una normativa que restrinja las libertades fundamentales (sentencia de 16 de diciembre de 2021, UBS Real Estate, C-478/19 y C-479/19, EU:C:2021:1015, apartado 65 y jurisprudencia citada) pero es preciso acreditar que con ello no se sitúa a los no residentes en una posición menos ventajosa que la de los residentes.

Dado que los partícipes españoles en FIL no residentes pueden ser sometidos a gravamen por los rendimientos derivados de su participación, en relación a los rendimientos obtenidos por los FIL no residentes por participaciones en sociedades residentes en España, no se excluye el riesgo de doble imposición. Como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la situación de un organismo de inversión colectiva (OIC) residente que cobre dividendos es comparable a la de un OIC perceptor 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de abril de 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, apartado 58 y jurisprudencia citada). Por consiguiente, el criterio de distinción al que se refiere la normativa nacional controvertida en el litigio, que se basa únicamente en el lugar de residencia de los OIC, no permite constatar una diferencia de situaciones objetiva entre los organismos residentes y los no residentes (STJUE de 17 de marzo de 2022, cit., apartados 72 y 73).

j) Las facultades de control de la Administración nacional.

La acreditación de todas estas condiciones está sujeta a la capacidad de control de las autoridades nacionales para verificar la naturaleza del FIL solicitante de la devolución, lo que habilita para exigir al FIL no residente la documentación que resulte necesaria y proporcionada, en los términos que se han expuesto, y contrastar dicha información a través de los mecanismos que pone a su disposición el Convenio sobre Doble Imposición entre el Reino de España y la República de Francia, en particular su artículo 27, así como los mecanismos de intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad existentes en el Derecho de la Unión Europea, en particular la Directiva 2011/61/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad.

Decimoquinto.

Sobre la eventual neutralización de las restricciones a la libertad de circulación mediante convenios de doble imposición.

Respecto a la última parte de la cuestión de interés casacional, acerca de la posibilidad de que, en su caso, se pudiera neutralizar el trato discriminatorio por el eventual juego de lo dispuesto en el Convenio bilateral suscrito entre España y el país de residencia del Fondo de Inversión Libre, en este caso Francia, conviene recordar que conforme a constante doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ello requiere que el impuesto retenido en origen en aplicación de la normativa nacional pueda deducirse del impuesto debido en el otro Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional. El principal precedente sobre esta cuestión desde la perspectiva de los dividendos percibidos por Instituciones de Inversión Colectiva es la Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2014, caso Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12), en la que el TJUE concluyó que la eventual neutralización debería verificarse en sede de la IIC, sin que fuera relevante la tributación de sus partícipes. Anteriormente, en la STJUE de 3 de junio de 2010 asunto C-487/08, Comisión Europea contra el Reino de España se recuerda que, si bien "[...] es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que no puede descartarse que un Estado miembro consiga garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Tratado celebrando un convenio para evitar la doble imposición con otro Estado miembro (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, apartado 71; Amurta, apartado 79, y Comisión/Italia, apartado 369).

59. Sin embargo, para ello es necesario que la aplicación de tal convenio permita compensar los efectos de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional. El Tribunal de Justicia ha declarado así que la diferencia de trato entre los dividendos distribuidos a sociedades domiciliadas en otros Estados miembros y los dividendos distribuidos a sociedades residentes sólo desaparece en caso de que el impuesto retenido en origen en aplicación de la normativa nacional pueda deducirse del impuesto debido en el otro Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional (véase la sentencia Comisión/Italia, antes citada, apartado 37).

60. A fin de alcanzar el objetivo de neutralización, por tanto, la aplicación del método de deducción del que se vale el Reino de España debería permitir que el impuesto sobre los dividendos percibido por dicho Estado miembro fuera íntegramente deducido del impuesto debido en el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria, de tal manera que, si los dividendos percibidos por esta sociedad resultaran finalmente sujetos a mayor tributación que los dividendos repartidos a las sociedades residentes en España, esa mayor carga fiscal ya no pudiera imputarse al Reino de España, sino al Estado de residencia de la sociedad beneficiaria que ha ejercido su potestad tributaria. [...].

En este caso, la representación del FIL recurrente ha acreditado que, conforme a la legislación francesa, los Fondos de Inversión no están sometidos al Impuesto de Sociedades. Por consiguiente, es inviable que puedan acceder a la deducción completa, en su imposición personal, y menos aún al reembolso, de los impuestos extranjeros soportados en la fuente. Por consiguiente, y más allá de que el Convenio de Doble Imposición limite el efecto de neutralización al presunto crédito fiscal al impuesto francés, lo cierto es que, en este caso, el efecto de neutralización es inexistente.

Descartada la presunta "neutralización" (asumiendo que fuera relevante) en sede del FIL no residente en la tributación en el país de origen, tampoco resulta relevante, desde el punto de vista de la legislación española la eventual imposición al partícipe al tiempo de recibir dividendos o resultado o enajenar sus participaciones. La legislación española del Impuesto de Sociedades no impone condición alguna en este sentido, ni en cuanto al plazo para que los FIL distribuyan beneficios a sus partícipes ni en cuanto al tratamiento que reciben en sede de los partícipes.

Decimosexto.

La fijación de la doctrina jurisprudencial.

Como síntesis de todo lo razonado, procede fijar la doctrina jurisprudencial respecto a las cuestiones de interés casacional suscitadas.

1. La legislación del Reino de España infringe la libertad de circulación de capitales al establecer un tratamiento diferenciado no justificado entre FIL residentes y FIL no residentes en situaciones comparables, ya que reserva a los FIL residentes un tratamiento fiscal significativamente más favorable, con tributación al tipo de gravamen del 1 por ciento, en tanto los FIL no residentes tributan al tipo impositivo del 19 por ciento, o al que pueda establecer el CDI que en este caso es del 15%, cuando en ambos casos, FIL residentes y 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.

2. Ante la infracción originaria del derecho de la Unión Europea en que incurre la normativa española al imponer como elemento diferenciador del tratamiento tributario la residencia en España, el análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libre o no armonizados no residentes ["FIL o Hedge Fund"] y los Fondos de Inversión Libre no armonizados residentes en España, como medio para restablecer la efectividad de la libre circulación garantizada por el art. 63 TFUE, debe realizarse sobre la base de los elementos esenciales intrínsecos considerados por el legislador español para otorgar el tratamiento fiscal más beneficioso a los FIL residentes, interpretados conforme a las disposiciones del Derecho de la Unión Europea reguladoras de la gestión de los Fondos de Inversión Libre, constituida actualmente por la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos, así como por la legislación aplicable a este tipo de Fondos de Inversión Libre en su estado de residencia (o Estado de origen).

3. En cuanto a los elementos concretos que deben tomarse en consideración a efectos del análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libre o no armonizados no residentes ["FIL o Hedge Fund"] y sus comparables residentes en España, son:

a) que se trate de entidades que capten las aportaciones de capital del público en general, sin que puedan tener tal consideración aquellas entidades que limiten el acceso a patrimonios familiares o personales, o que limiten las condiciones de acceso por requisitos subjetivos tales como la condición de pertenencia a un colectivo determinado como la de empleado de determinada empresa o administración, o componente de un determinado colectivo. No resulta relevante, en este sentido, que se limite el acceso a inversores que reúnan la condición de inversor profesional o a que se acredite un determinado nivel de formación y conocimiento del funcionamiento de los mercados de valores basado en elementos como el importe mínimo de inversión, dado que el nivel de riesgo que pueden asumir los FIL excede del que con carácter general pueden asumir las IIC armonizadas, y que con ello no se desvirtúa el requisito de constituir un instrumento de inversión colectiva abierto.

b) que cuenten con autorización vigente de funcionamiento en su país de origen o residencia, expedido por la autoridad competente para el control y supervisión de las Instituciones de Inversión Colectiva.

c) que acrediten que están gestionados por una entidad, autorizada a su vez en su país de origen o residencia, como Gestor de Fondos de Inversión Alternativa (GFIA), en los términos de la Directiva 2011/61/UE que homogeneiza el régimen de los gestores de los FIA.

d) La carga de la prueba de que se cumplen los requisitos de comparabilidad establecidos anteriormente corresponde al FIL no residente, si bien en ausencia de una normativa nacional española que determine los concretos medios de prueba que debe aportar, no pueden ser requeridos medios de prueba o certificados que sean absolutamente conformes con los que se exigirían a los FIL residentes en España o que resulten desproporcionados o extraordinariamente difíciles de conseguir. La autoridad administrativa española, cuando dude motivadamente del satisfactorio grado de acreditación, deberá utilizar activamente las facultades de obtención de información de que

disponga en virtud del Convenio sobre Doble Imposición o instrumento convencional análogo suscrito con el país de origen o residencia del FIL no residente, así como los mecanismos de intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad existentes en el Derecho de la Unión Europea, en particular la Directiva 2011/61/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. La falta injustificada de utilización de estos mecanismos de intercambio de información disponibles para la Administración debe valorarse en la distribución de la carga de la prueba, y, en su caso, permitirá que se considere suficiente la aportada de forma seria y rigurosa por el FIL no residente para acreditar todos y cada uno de los elementos de comparabilidad.

e) La neutralización de los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales producida en la legislación nacional tan sólo se podrá considerar alcanzada por el efecto de las previsiones de los Convenios de Doble imposición en aquellos casos en tales disposiciones permitan que el impuesto retenido en origen en aplicación de la normativa nacional pueda deducirse del impuesto debido en el otro Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional.

Decimoséptimo.

La resolución de las pretensiones.

En aplicación de la doctrina jurisprudencial que hemos fijado, hemos de casar y anular la sentencia recurrida, que además de fundar su decisión en que no se aportó certificado de cumplimiento de la Directiva 2009/65/CEE, pese a que el FIL reclamante puso de manifiesto que es un Fondo de Inversión Libre no armonizado, exigió unas condiciones de comparabilidad que son contrarias a la doctrina jurisprudencial que hemos fijado. Entramos, por tanto, en el fondo de la resolución de las pretensiones deducidas por las partes (art. 93.1 LJCA). La parte recurrente ha acreditado, de forma seria y rigurosa, que reúne todas y cada una de las condiciones de comparabilidad con los FIL residentes que tributan al 1% en el Impuesto de Sociedades por cumplir las condiciones del art. 28.5.b) TRLIS.

Ha acreditado que se trata de un Fondo de Inversión Libre o alternativo constituido en Francia con arreglo a la legislación de dicho estado, y que dispone de autorización de constitución y funcionamiento vigente otorgada por la autoridad francesa competente, que es la Autorité des Marchés Financiers -"AME"-, organismo de control francés equivalente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores -"CNMV"-.

También ha acreditado que constituye un patrimonio separado, que capta el capital del público en general, sin restricciones subjetivas ajenas al grado de profesionalización o cualificación de conocimientos de los inversores o a un determinado límite mínimo de la inversión que ponga de manifiesto esta cualificación. Adicionalmente ha acreditado que cuenta con número superior a 100 partícipes, si bien la legislación francesa no impone tal requisito mínimo, y que su capital en el periodo considerado es superior a 3.000.000 euros, aunque tampoco el capital mínimo requerido por la legislación francesa es menor, según certificados emitidos por la entidad gestora del fondo.

En tercer lugar, ha probado que está gestionada por una entidad acreditada como Gestor de Fondos de Inversión Alternativa, Natixis Asset Management, que a su vez está autorizada en su estado de residencia, Francia, conforme a la Directiva 2011/61/UE que homogeneiza el régimen de los gestores de los FIA.

Por último, el FIL recurrente ha acreditado que no está sometido en Francia al impuesto de sociedades y que no le resulta posible neutralizar los efectos de la imposición a que se ha sido sometido en España en su tributación en el país de residencia, Francia, ya que no puede deducirse los impuestos que, mediante la retención definitiva que le ha sido practicada conforme al IRNR, ha satisfecho en España.

En consecuencia, cumple todas las condiciones para ser considerada en una situación comparable a la de los FIL residentes en España que tributan a un tipo de Impuesto de Sociedades del 1 por ciento, y que la única forma de restablecer la vulneración del principio de libre circulación de capitales que se ha producido al someter los dividendos que ha obtenido a un trato menos beneficioso que el que la legislación española dispensa a una entidad comparable residente en España, es la restitución del exceso de gravamen entre el 1% por ciento que soportaría por el mismo hecho imponible un FIL comparable residente en España, y el 15% que ha soportado el FIL no residente. Por consiguiente, debe declararse su derecho a la devolución por la Hacienda estatal, como ingreso indebido, de la cantidad de 86.307,14 euros, resultante de deducir a las retenciones practicadas por importe de 92.471,94 euros, la cantidad resultante del gravamen al 1%, que ascendería a 6.164,80 euros, todo ello sobre la base de los dividendos percibidos por el FIL no residente derivados de su participación en sociedades residentes en España, que ascendieron a la suma de 616.479,57 euros. La cantidad a devolver se incrementará con los intereses legales correspondientes a la naturaleza indebida de la tributación soportada en exceso.

Decimoctavo.

Las costas.

Respecto a las costas del recurso de casación, no apreciamos temeridad ni mala fe en ninguna de las partes, por lo que cada parte habrá de soportar las causadas a su instancia, y las comunes por mitad, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.4 LJCA. En cuanto a las de la instancia, dadas la dificultad de derecho de las cuestiones

planteadas, de conformidad con el art. 139.1 LJCA, no ha lugar a hacer especial imposición de las causadas, por lo que cada parte abonara las suyas y las comunes por mitad.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de conformidad con los criterios interpretativos fijados en el fundamento jurídico decimosexto:

1º.- Haber lugar al recurso de casación 7260/2021 interpuesto por la representación procesal del Fondo de Inversión Ecureuil Profil 90, bajo la gestión de la sociedad gestora de fondos de inversión alternativos Natixis Asset Management, contra la sentencia núm. 448/2021, de 21 de julio, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 1527/2019, en materia del impuesto sobre la renta de no residentes. Casar y anular la sentencia recurrida.

2º.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del Fondo de Inversión Ecureuil Profil 90, bajo gestión de la sociedad gestora de fondos de inversión alternativos Natixis Asset Management, contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid, de fecha 26 de julio de 2019, que desestimó la reclamación económico-administrativa 28-14612-2016, formulada frente al acuerdo de liquidación provisional dictado por la AEAT, referencia 201221098520140S, por el que se denegó la devolución de la cantidad retenida definitivamente a Ecureuil Profil 90 por el concepto de Impuesto sobre la Renta de No Residentes sin establecimiento permanente, del ejercicio 2012, por importe de 86.307,14 euros. Anular la resolución del órgano económico administrativo y la liquidación provisional y denegación de la devolución solicitada, y declarar el derecho del Fondo de Inversión Ecureuil Profil 90 a la devolución por la Hacienda estatal de la cantidad de 86.307,14 euros como ingreso indebido en las retenciones que le fueron practicadas en concepto de IRNR, ejercicio de 2012, así como a que sobre la cantidad a devolver se liquiden y abonen los intereses legales correspondientes.

3º.- Hacer el pronunciamiento sobre costas en los términos expresados en el último fundamento de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Magistrado Excmo. Sr. Don Dimitry Berberoff Ayuda, a la sentencia núm. 454/2023, de 5 de abril, pronunciada en el recurso de casación núm. 7260/2021.

Con el respeto que me merece el parecer mayoritario, debo de mostrar mi discrepancia a la sentencia por no poder asumir la tesis que acoge y, más en concreto, respeto de algunos de los puntos sobre fijación de la doctrina jurisprudencial.

Si bien, el desarrollo argumental me parece impecable y los reproches realizados tanto a la resolución de la Administración Tributaria como a la sentencia de instancia, no tanto a la resolución del órgano económico administrativo, los comparto, de suerte que no es posible mantener la sentencia en los términos en que justifica su razonamiento desestimatorio, esencialmente al equiparar y exigir al Fondo de Inversión recurrente la justificación de su compatibilidad con la Directiva 2009/65/CE, sin embargo, el tratamiento que se hace respecto de "los elementos concretos que deben tomarse en consideración a efectos del análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes (FIL o Hedge Fund) y sus compatibles residentes en España", a mi entender se relajan de tal manera que prácticamente todos los FIL no residentes pueden obtener la devolución de la retención por los dividendos obtenidos en España.

La doctrina jurisprudencial fijada encierra una doble paradoja.

Por un lado, encontrándonos en el ámbito de Fondos de Inversión Libres o no armonizados, existe una mayor libertad en su regulación -en este caso, por parte de España- al no concurrir los requisitos específicos del ámbito de los fondos armonizados, premisa que obsta la sentencia, ya que sobre la única base del artículo 63 TFUE -aplicable, por supuesto, en este caso-, construye y exige toda una serie de condicionamientos que, si bien podrían resultar necesarios en la medida que los reclame la legislación armonizada, en cambio, no lo son con el carácter general que expresa la sentencia, en un ámbito no armonizado, como el del presente recurso de casación.

Por otro lado, la sentencia genera también la paradoja de que a la postre van a resultar discriminados los FIL residentes en los que concurriendo los elementos que se identifican en la sentencia, pero que no cumplan los requisitos previstos en nuestra legislación nacional, no van a gozar de la ventaja fiscal que se le va a reconocer a los FIL no residentes de iguales características, en definitiva se va a salvar una pretendida discriminación respecto de los FIL no residentes dando lugar a la discriminación a los FIL residentes, por mucho que respecto de éstos no concurra un eventual elemento transnacional (son residentes) o una norma de armonización (para los no armonizados).

La ventaja fiscal que nuestra legislación reconoce a los Fondos de inversión residentes que cumplan los requisitos legalmente dispuestos en la normativa de aplicación, esencialmente a través de la regulación que al efecto se hace en el impuesto de sociedades, no cabe considerarla aisladamente y desconectada de la estructura fiscal al

completo que el legislador, en el legítimo ejercicio de su potestad fiscal nacional, ha diseñado, y en la que la ventaja fiscal, que se reconoce a nivel del impuesto de sociedades a los Fondos de Inversión que reúnan los requisitos que legalmente se exigen, en modo alguno culmina ni agota, a mi juicio, el examen de comparabilidad para reconocer o no una discriminación, sino que constituye un eslabón más dentro de un conjunto en el que visto en dicho contexto desaparece dicha ventaja fiscal; no va a existir una ausencia de tributación -casi completa- por la percepción de los dividendos, sino un diferimiento, que aflorarán en los partícipes. Con ello no quiero significar que el examen de comparabilidad se traslade a los partícipes y no al distinto tratamiento de los Fondos de Inversión, ya advierte la sentencia al respecto sobre la doctrina del TJUE, pero sí que era necesario, a mi juicio, describir el marco normativo completo que regula la estructura fiscal diseñada por el legislador nacional, y completado dicho marco legal este era el que debió de servir de referencia en su totalidad como elemento imprescindible del contraste de comparabilidad; a mi entender, no es posible mantener, tal y como hace la sentencia, los niveles de insuficiencia o carencia normativa a la hora de comparar la regulación legal respecto de los fondos residentes y no residentes, sin situar la ventaja fiscal en el contexto legal en el que se inserta.

En efecto, en ausencia de esa descripción o contexto global no resulta posible afirmar, como hace la sentencia mayoritaria, que se "ha constatado que a nivel legislativo se produce efectivamente una vulneración del principio de libre circulación de capitales..."

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 capitales.

La delimitación entre una restricción justificada y otra que no lo sea, dependerá de la posibilidad de acometer o no una comparación objetiva entre situaciones distintas, es decir, entre los FIL residentes y los FIL no residentes. Pero es que, además, tal y como se deriva del propio recurso y de lo actuado en la instancia, para el caso de que dicha comparación arrojará como resultado que, con relación a un FIL no residente se ha producido una restricción prohibida por el art. 63 TFUE, nuestro ordenamiento jurídico cuenta con mecanismos y resortes eficaces para neutralizarla y evitar que se materialice en la práctica.

Por tanto, como expondré a continuación, frente a lo que declara la sentencia mayoritaria, no cabe imputar a la normativa española una infracción originaria del Derecho de la Unión Europea por incorporar el criterio de la residencia como elemento diferenciador del tratamiento tributario, por cuanto esa misma normativa garantiza el análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libre o no armonizados no residentes ("FIL o Hedge Fund") y los Fondos de Inversión Libre no armonizados residentes en España, como medio para restablecer la efectividad de la libre circulación garantizada por el art. 63 TFUE.

Considero, por demás, que era más procedente abordar el análisis de las cuestiones controvertidas conforme al esquema que ofrece el auto de admisión, en concreto examinar en primer lugar la cuestión seleccionada de "Determinar si el análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes ["FIL o Hedge Fund"] y las Instituciones de Inversión Colectiva ["IIC"] residentes en España, al objeto de aplicar el artículo 63 TFUE, debe realizarse conforme a la legislación española de fuente interna aplicable a los fondos de inversión libre, conforme a la Directiva 2009/65/CE, o conforme a la legislación aplicable a este tipo de Fondos de Inversión Libres en el Estado de residencia (o Estado de origen)", en tanto que, como antes se ha esbozado, iniciar el estudio del problema general que se plantea estableciendo los marcos normativos de comparabilidad, ofrece el anclaje más seguro desde el que realizar dicho examen de comparabilidad, que en realidad es el problema real que subyace en la polémica suscitada, y que, en definitiva, ha de hacerse caso a caso.

Como pone de manifiesto la sentencia mayoritaria, existe un cuerpo jurisprudencial sobre el tema que nos ocupa, y aún las singularidades del caso enjuiciado, pues se enjuicia por vez primera un supuesto de Fondos de inversión no armonizados, la doctrina jurisprudencial creada puede servir de guía para examinar la problemática que se deriva de la controversia suscitada.

Fundamentalmente me refiero a la construcción jurídica realizada en torno a los arts. 63 y 65 del TFUE, principios de libre circulación y no discriminación y la necesaria comparabilidad entre situaciones, entre IICs residentes y no residentes, en las que se aprecie los elementos objetivizados para posibilitar el contraste.

Recordemos el tenor de los preceptos a tener en cuenta, el art. 63 del TFUE dispone que:

"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".

Dicho precepto hay que ponerlo, tal y como hace la parte recurrente, en relación con el art. 18 del mismo texto:

"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".

Si contempla el TFUE determinadas excepciones, art. 65:

" 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".

En lo que ahora interesa, procede poner de manifiesto que esta regulación conforme señala la jurisprudencia del TJUE, invita a realizar un test de comparabilidad cuando la discriminación pueda proceder por razón de residencia en situaciones objetivamente comparables, sin que quepa hablar de discriminación cuando las situaciones no son comparables por responder a situaciones distintas.

Es de advertir, por tanto, que la normativa que ha de servir para realizar el examen de comparabilidad en relación con el art. 63 del TFUE no es la utilizada en los supuestos sobre los que nos hemos pronunciado. En este caso se trata de una IIC no armonizada a la que no es de aplicación la Directiva 2009/65/CEE, al punto que ha elegido utilizar otro vehículo de inversión colectiva alternativo, los conocidos como IICs de inversión libre o "hedge funds", regulados, también, en la Ley 35/2003. En aquellos en los que ha recaído sentencias de este Tribunal, se trataba de IICs armonizadas no residentes de un Estado miembro de la UE, a las que era de aplicación la Directiva 2009/65/CEE, o su precedente Directiva 85/611/CEE, antes de la reforma del art. 14 de la LIRNR por la Ley 2/2010; o bien de IICs de un tercer Estado a las que no le era de aplicación la citada Directiva pero que pretendían acreditar que cumplían con requisitos similares a los exigidos en dicha Directiva. En estos supuestos, la normativa que sirvió de criterio comparativo a los efectos de dilucidar si se producía la discriminación prohibida en el citado artº 63 del TFUE, fue la referida Directiva 2009/65/CEE, pues como se recogió en los pronunciamientos jurisprudenciales realizados se partía de un previo reconocimiento de discriminación y fue el propio legislador, mediante la citada reforma (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 español), el que vino a ofrecer como criterio normativo de comparabilidad la Directiva, estrictamente y en exclusividad sobre el criterio diferencial de la residencia de los IICs, sin requisitos adicionales que pudieran estar presente en la normativa nacional, Ley 35/2003 y Real Decreto 1309/2005 y Real Decreto 1082/2012 - aplicable desde su vigencia-, en concreto, pues, los requisitos adicionales del número de partícipes y patrimonio mínimo, entre otros, determinantes de la tributación de las IICs reguladas en la expresada Ley 35/2003. Este no es el caso como a continuación se dirá.

Con carácter general cabe decir que se prohíben las restricciones de capital entre Estados miembros y entre Estados miembros y Estados terceros; se identifica las restricciones prohibidas en los casos en que la legislación fiscal del Estado de la fuente grava con mayor intensidad los capitales de los no residentes respecto de los residentes, estableciendo una desigualdad a favor de los residentes, por lo que los arts. 63 y 65 del TFUE se oponen a una normativa de un Estado miembro que prevé la retención de los dividendos de origen nacional cuando son percibidos por IICs de un Estado no residente, mientras que los mismos dividendos están exentos cuando son percibidos por IICs residente - técnicamente una imposición del 1% en el impuesto sobre sociedades puede entenderse como una exención-.

Ahora bien, como se ha indicado, es necesario como primer presupuesto estar ante situaciones objetivamente comparables para que se produzca una restricción prohibida; lo que aboca al test de comparabilidad. Este es el núcleo de la cuestión, para que se produzca la vulneración del principio de libertad de movimientos de capital, resulta imprescindible que la IIC no residente como vehículo de inversión opere en un régimen jurídico similar a la IIC residente que goza de la ventaja fiscal.

Ya hemos visto en los casos de IICs armonizados el marco formal de comparabilidad por el que opta el legislador, y sobre la que giró el test de comparabilidad de las IICs no residentes armonizadas y los fondos de inversión de Estados terceros que sostenían un marco regulatorio similar a las IICs armonizadas, fue la Directiva 2009/65/CEE. Pero el caso que nos ocupa se trata de IICs no armonizadas, ajenas a la citada normativa, no sometidas a los requisitos de la normativa UCITS, ni con un marco regulatorio común dentro de la UE, aún cuando converjan en la Directiva 2011/61/UE, sobre entidades de gestión.

Para determinar la normativa de referencia, aunque sea brevemente cabe apuntar que la inversión colectiva en España se regulaba por la Ley 22/2014, que viene a derogar a la Ley 25/2005, sobre entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, dicha ley que lleva a cabo la transposición de la Directiva 2011/61/UE, regula los vehículos de inversión de carácter cerrado, no aplicable al caso que nos ocupa; y por la Ley 35/2003 y sus

reglamentos de desarrollo que se suceden temporalmente, RRDD 1309/2005, 362/2007, 1082/2012 y 83/2015, que regula las IICs. Las IICs pueden ser armonizadas y no armonizadas. Las primeras son aquellas que cumplen con la Directiva 2009/65/CE. Las no armonizadas son todas aquellas que no cumplen con la Directiva 2009/65/CE, son fondos alternativos; entre las que se encuentra los fondos de inversión libre o hedge funds, caracterizados por no estar sujetos a las restricciones de inversión

establecidas para la mayor parte de los fondos. La Exposición de Motivos del reglamento de desarrollo 1082/2012, marca las diferencias en estos términos:

"Existen además otras novedades que no traen causa directa de la transposición de la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio de 2009, y su normativa de desarrollo. Así, ante la necesidad de incorporar la Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1060/2009 y (UE) n.º 1095/2010 en julio de 2013, se introducen ya algunas adaptaciones. Esta directiva establece el régimen aplicable al ejercicio continuo de la actividad y la transparencia de los gestores de fondos de inversión alternativos (en adelante GFIA) que gestionen y/o comercialicen fondos de inversión alternativos (FIA en adelante) en la Unión. A los efectos de la referida Directiva, se entiende por FIA "Todo organismo de inversión colectiva, así como sus compartimentos de inversión que: i) obtenga capital de una serie de inversores para invertirlo, con arreglo a una política de inversión definida, en beneficio de esos inversores, y ii) no requiera autorización de conformidad con el artículo 5 de la Directiva 2009/65/CE". Por lo tanto, toda aquella IIC que no sea armonizada, es decir, autorizada según la Directiva 2009/65/CE, será considerada como IIC alternativa. Se debe, pues, incluir esa misma distinción en nuestra normativa nacional. Por virtud de los artículos 13, 48, 50, 51, 52 y 72 del Reglamento se facilita la identificación de las IIC que cumplen con la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio de 2009, y las IIC que no cumplen con la misma. En concreto, el artículo 72 fija el régimen de las disposiciones especiales aplicables a IIC que no cumplan con la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio. El artículo 13, apartados c) y d), hace referencia al registro en la CNMV de sociedades de inversión de carácter financiero o SICAV no armonizadas y de fondos de inversión de carácter financiero o fondos de inversión no armonizados. El artículo 48.1, apartado d), se refiere a la consideración, como activos aptos para la inversión de "acciones y participaciones de otras IIC de carácter financiero no autorizadas conforme a la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio" siempre que cuenten con una serie de requisitos. Por último, el artículo 51.5 y, por remisión a este, el artículo 52.4, hacen referencia a los límites de la concentración del riesgo en el caso de IIC de las mencionadas en el artículo 48.1.d), no autorizadas conforme a la Directiva 2009/65/CE, de 13 de julio."

La parte recurrente es un fondo de inversión alternativo ("FIA") residente en Francia, esto es, es un fondo de inversión no armonizado o de inversión libre que no se puede considerar incluido en el ámbito de 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 ("Directiva UCITS"), pero que, sin embargo, sí resulta plenamente comparable a los fondos de inversión libre españoles ("FIL") regulados en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, así como en su reglamento de desarrollo (Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio). Pues bien, la liquidación denegatoria rechazó la solicitud de la parte recurrente respecto de los dividendos obtenidos de sociedades nacionales, por considerar que no había acreditado que cumplía los requisitos de la Directiva 2009/65/CE, obviamente, ya se ha dicho, esta Directiva le es de todo punto ajena, y en modo alguno puede considerarse el marco regulatorio aplicable al fondo de inversión recurrente; lo que determina, sin más, su incorrección jurídica. No puede decirse lo mismo de la resolución del TEAR, objeto del recurso contencioso administrativo que enfoca correctamente el conflicto.

La ventaja fiscal que legalmente se le reconoce a los IICs nacionales, tanto armonizados como no armonizados regulados en la Ley 35/2003, se contempla -en este caso por razones temporales- en el Real Decreto Legislativo 4/2004, TRLIS, art. 28.5:

" Tributarán al tipo del 1 por ciento:

a) Las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, siempre que el número de accionistas requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.4.

b) Los fondos de inversión de carácter financiero previstos en la citada Ley, siempre que el número de partícipes requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 5.4."

Esto es, los IICs residentes en el ámbito de aplicación de la Ley 35/2003 y reuniendo los requisitos en la misma previstos, tributarán en el impuesto sobre sociedades por los rendimientos obtenidos al tipo impositivo del 1%; conforme al art. 7.1.b) del TRLIS, son sujetos pasivos del impuesto "b) Los fondos de inversión, regulados en la Ley de instituciones de inversión colectiva". Por tanto, es necesario para tributar al citado tipo del 1% reunir los requisitos exigidos legalmente, por lo que los ICCs no armonizados de inversión libre o "hedge funds", residentes sólo obtendrán la ventaja fiscal referida de reunir dichos requisitos, de no cumplir los requisitos tributarán por el tipo general aplicable en el impuesto sobre sociedades.

En definitiva, pese a que la sentencia parece sostener que los requisitos que refiere son exigibles a todos los Fondos no armonizados residentes, prácticamente, a modo de condición de su existencia y operatividad, no

todos los Fondos no armonizados residentes gozan de la ventaja fiscal que le proporciona la regulación del impuesto sobre sociedades, sino sólo aquellos que cumplen la normativa a la que se remite la citada regulación.

Es evidente, que la comparabilidad a los efectos que nos interesan debe proyectarse sobre los IICs no armonizados regulados en la Ley 35/2003, y para desterrar toda discriminación productora de una restricción prohibida por el art. 63 del TFUE respecto de los IICs, "hedge funds", como el que nos ocupa, debe acreditarse que estos reúnen o cumplen los requisitos exigidos en la Ley 35/2003; si no los cumple al igual que sucedería con los "hedge funds" residentes, no podrían aplicarse la ventaja fiscal que, ya se ha dicho, en la práctica juega como una exención, en tanto que los residentes de no cumplir dichos requisitos dispuestos normativamente no se aplicarían el tipo reducido del 1%.

A mi entender, pues, resulta insoslayable que el marco de referencia es el marco regulatorio de estos IICs establecido en la Ley 35/2003, pues sólo el reunir los requisitos previstos habilita para la tributación al tipo del 1%. La lógica elemental se impone, los Fondos no armonizados residentes que no reúna los requisitos dispuestos en la Ley 35/2003 no gozan de ventaja fiscal alguna en los términos que se vienen contemplando; mutatis mutandi, con las matizaciones que se dirán, no parece cuestionable que los Fondos de inversión no armonizados no residentes que sean comparables con los residentes que no cumplan con los requisitos de la Ley 35/2003, no sufren discriminación alguna. Por tanto, sólo podrían sufrir discriminación aquellos equiparables a los Fondos no armonizados residentes de la órbita de la Ley 35/2003.

Ciertamente la citada Ley 35/2003 no le es de aplicación a los IICs no residentes de los Estados miembros, pero a falta de norma de Derecho de la Unión de referencia, recordemos que incluso la Directiva 2011/61/UE excluye de su ámbito regulatorio a las FIA, esta no impide que los Estados miembros puedan adoptar y aplicar requisitos nacionales en sus legislaciones en relación con los FIA de su residencia, que constituyen los elementos esenciales para llevar a cabo la comparabilidad; deben, pues, acreditar los "hedge funds" no residentes los requisitos exigidos por la legislación nacional a los residentes que se benefician del tipo del 1%.

Ahora bien, como ya se ha dejado dicho por este Tribunal Supremo en la jurisprudencia a la que nos hemos referido, no es necesario la identidad total, sino que lo adecuado es acreditar que los no residentes, sometidos a las normas de su Estado de residencia, cumplen requisitos similares o equivalentes idóneos conformadores de la situación jurídica exigible a los residentes para gozar de la citada ventaja fiscal.

Este es el punto clave de la discrepancia con la sentencia mayoritaria.

Los requisitos que se contemplan en la normativa nacional para poder acogerse al citado beneficio, aún las dificultades propias de una sistematización más ordenada y clara, en modo alguno provoca la incertidumbre que se señala en la instancia, basta al efecto un análisis de la regulación nacional establecida al efecto.

Los arts. 4 (fondos) y 9 (sociedades) exigen para su constitución la previa autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), la cual supervisa el mantenimiento de los requisitos de acceso de suerte que puede revocar o suspender la autorización. El art. 10 prevé la denegación de no cumplir los requisitos legales y reglamentarios y, en el caso de las sociedades, si se dan los supuestos de falta de transparencia y dificultad de control del art. 10.4.

Los requisitos sustanciales se prevén en el art. 11, sobre " requisitos de acceso y ejercicio de la actividad":

" a) Constituirse como sociedad anónima o como fondo de inversión.

b) Limitar su objeto social a las actividades establecidas en esta Ley.

c) Disponer del capital social o patrimonio mínimos en el plazo y cuantía que reglamentariamente se determinen.

d) Contar con los accionistas o partícipes en el plazo y número legalmente exigible.

e) En el caso de los fondos de inversión, designar una sociedad gestora (...)

En el caso de las sociedades de inversión, si el capital social inicial mínimo no supera los 300.000 euros, designar una sociedad gestora en los términos previstos anteriormente.

f) Designar un depositario en el caso de los fondos de inversión y de las sociedades de inversión de capital variable previstas en el artículo 32 de esta Ley.

2. Tratándose de sociedades de inversión será necesario cumplir, además, los siguientes requisitos: (...)

Contar con una organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen, tanto aquéllos como éstos, la gestión correcta y prudente de la IIC, incluyendo procedimientos de gestión de riesgos, así como mecanismos de control y de seguridad en el ámbito informático y órganos y procedimientos para la prevención del blanqueo de capitales(...)".

Como ya se ha dicho, no basta con reunir los requisitos en el momento de la constitución y obtención de la autorización, sino que los mismos han de permanecer, de suerte que su supervisión por la CNMV es permanente, por tanto, de no mantenerse perderán la ventaja fiscal que le otorga la regulación del impuesto sobre sociedades.

El art. 17 exige cumplir los requisitos de información y transparencia; siendo obligatorio la publicación de un folleto para su difusión entre partícipes, accionistas y público en general, que incorporará como anexo los estatutos y un reglamento de gestión, un informe anual sobre el estado del patrimonio y las participaciones, otro semestral y dos trimestrales, y las cuentas anuales del fondo, que deberán ser remitidos a la CNMV.

A pesar de los términos en los que se pronuncia la sentencia mayoritaria restándole valor a estos requisitos, arts. 5.4 y 9.4, es requisito sustancial un número mínimo de partícipes, que se regula en el reglamento. También la tenencia de un patrimonio mínimo, que además es obligatorio que se mantenga en el tiempo mientras que esté inscrito en los registros de la CNMV.

Resulta necesario, como se desprende del art. 1, poseer carácter abierto, pues su 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 los Fondos de inversión no armonizados, o IICs de inversión libre, se establece una serie de requisitos de carácter financiero, " Las acciones o participaciones de estas IIC deberán suscribirse o adquirirse mediante un desembolso mínimo inicial de 100.000 euros", excepto respecto de los partícipes que tengan la condición de clientes profesionales; se reduce el número de partícipes a 25; se exige su inscripción en un registro especial de la CNMV.

En puridad, sólo los fondos no armonizados residentes que cumplan estos requisitos -y alguno más de carácter subsidiario-, gozan de la ventaja fiscal que centra la posible discriminación respecto de los no residentes. En puridad, pues, estos deberían ser los parámetros o elementos de comparabilidad.

Pero como se ha indicado, no es necesario el cumplimiento por el "hedge funds" no residente de los citados requisitos en plano de identidad, basta con probar que cumple con los requisitos establecidos en su legislación de residencia, y que estos son similares o equivalentes a los exigidos en nuestra normativa nacional encabezada por la Ley 35/2003. Ya se dijo por este Tribunal, valga de ejemplo la sentencia de 13 de noviembre de 2019 (rec. cas 3023/2018), que no puede exigirse la identidad absoluta entre los fondos residentes regulados en la legislación española y los no residentes, no es posible exigir dicha identidad, sino que resulta suficiente que sean similares o equivalentes.

Como se ha advertido, no existe, pues, como denuncia la parte recurrente, un vacío legislativo, ni puedo admitir la consideración de la sentencia mayoritaria sobre la insuficiencia o deficiencia regulatoria creadora de incertidumbres a la que imputa la responsabilidad de una restricción ilegítima.

En efecto, existen a nivel legislativo unos requisitos claramente identificables -que alude y analiza la propia sentencia-, requisitos que debe reunir un fondo de inversión libre no residente para disfrutar de la ventaja fiscal y que, en ausencia -evidente- de regulación de la Unión Europea (evidente, porque la propia Unión los deja fuera del ámbito armonizado) son, al respecto y comprobado que reúne los requisitos exigidos por su legislación de residencia, los exigidos por nuestra legislación reguladora de estos fondos que gozan del beneficio fiscal.

Quizás cabría reprochar al legislador que, para evitar los problemas a los que ahora nos enfrentamos, no haya establecido, a modo como hizo con los armonizados, una regulación específica más segura y cierta, pero el que en este caso el legislador no haya optado por establecer sistemáticamente dichos requisitos con relación a los Fondos no armonizados -lo que sí hace, al estar obligado por el Derecho de la Unión, con los armonizados, en un ejercicio de claridad y mayor seguridad-, en absoluto representa un vacío legal, al existir una normativa de referencia que establece los requisitos a cumplimentar. Desde mi punto de vista, basta el mero análisis de la legislación aplicable para reconocer un marco legal seguro y estable, no hay que realizar un especial esfuerzo para reconocer e identificar aquellos requisitos básicos mínimos que la legislación nacional establece para que los FIL residentes se acojan al beneficio fiscal vía impuestos sobre sociedades, podrá ya discutirse su grado mayor o menor de intensidad en función de las singularidades regulatorias del país del fondo no residente, pero aquí es donde debió terminar el debate y entrar sobre la cuestión probatoria que, en definitiva, está presente en este tipo de asuntos.

No comparto con la sentencia mayoritaria el resultado al que llega en tanto que la regulación nacional, a mi modo de ver, y creo que de común criterio, suficientemente clara y segura, se desvirtúa hasta hacerla irreconocible, mediante la doctrina que se sienta sobre "los elementos relevantes para apreciar la situación de comparabilidad"; al punto que en la práctica hace que cualquier Fondo de inversión no armonizado o libre no residente se pueda acoger a la ventaja fiscal con la correspondiente devolución de las retenciones, con independencia del análisis casuístico de si hay o no una situación objetivamente comparable con los Fondos libres residentes, en definitiva, con independencia de que en la práctica se haya producido o no una discriminación prohibida del art. 63 del TFUE.

Como ya anuncié al inicio de este voto, ello determina la paradoja, de que los que van a resultar discriminados son los fondos residentes que reúnan los elementos relevantes que se señala en la sentencia, sin alcanzar los requisitos recogidos en nuestra legislación nacional. Considero, pues, que lo correcto era realizar las matizaciones que la singularidad del Fondo a comparar incorpore, pero sin perder de vista el contenido básico de los requisitos mínimos que legalmente se impone en nuestra legislación.

Brevemente para señalar que también discrepo sobre la falta de procedimiento para obtener la devolución. Ciertamente, al contrario de lo que sucede con los fondos armonizados que tras la reforma legal se establece un procedimiento ad hoc de devolución de las retenciones vía normativa IRNR -a mi entender es lo que debió hacer el legislador también respecto de los no armonizados-, no sucede lo mismo respecto de los no armonizados, lo cual es incuestionable. Pero considero que nuestra legislación si ofrece mecanismos eficaces suficientes, dentro de los parámetros exigidos por la jurisprudencia europea para hacer posible el cumplimiento de la norma de la Unión; como antes se puso de manifiesto la ventaja fiscal que nos ocupa debe contemplarse no aisladamente, sino en el contexto

y finalidad de la estructura impositiva establecida por el legislador nacional, va de suyo, que en dicho contexto no se contemplaba la situación que nos ocupa, ahora bien si nos trasladamos al IRNR resulta factible que un fondo no armonizado no residente al que se le haya retenido un porcentaje mayor que el que correspondía -piénsese por ejemplo en este caso que correspondiéndole por el CDI un porcentaje de retención del 15%, se le hubiera retenido un 19%- , reglamentariamente se ofrece el procedimiento para poder solicitar la devolución de la diferencia, al igual que sucedería para los supuestos en los que se hubiera podido producir una discriminación prohibida y se le extienda el beneficio fiscal con derecho a una retención, como gravamen final, del 1%, utilizaría el mismo mecanismo para procurar la devolución del exceso.

En cuanto a las consideraciones que se hacen en la sentencia respecto a la inseguridad probatoria por no establecer unas pautas mínimas nuestra legislación, brevemente, considero que si bien estas pautas están presentes respecto de los armonizados, a falta de dicha concreción en los no armonizados cabe acudir al régimen general sobre medios de prueba y carga de la prueba y su desplazamiento, en los casos en los que sea procedente, de la incumbencia de probar; al respecto cabe recordar los pronunciamientos jurisprudenciales de este Tribunal sobre el régimen probatorio aplicable a los supuestos de fondos de terceros países y los mecanismos de información, delimitando el papel y el deber que debe acometer las autoridades españolas en caso de insuficiencias o dudas sobre el material probatorio aportado por el fondo interesado solicitante de la devolución por las retenciones sufridas, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto legislativo 5/2004, por los dividendos pagados por entidades residentes en territorio español, trasladando al efecto la doctrina que sobre la materia estableció el TJUE en el sentido de que la información facilitada por los fondos no residentes sobre los requisitos relativos a la creación y desarrollo de sus actividades, a los efectos de determinar si operan dentro de un marco normativo equivalente, debe ser comprobado por las autoridades tributarias y en caso de duda o insuficiencia emplear los mecanismos de información en la relación de cooperación para despejar los reparos observados.

En síntesis a lo dicho cabe sostener, por tanto, que sólo se vulneraría el principio de libertad de movimiento de capitales en los términos previstos en el art. 63 del TFUE, cuando un fondo de inversión no armonizado o de inversión libre o hedge fund no residente de un Estado miembro , reconocido como tal por su legislación nacional, opera dentro del marco jurídico similar o equivalente al establecido en España para los citados fondos por la Ley 35/2003 y normas reglamentarias; sólo en estas condiciones de comparabilidad, el distinto tratamiento fiscal daría lugar a la restricción prohibida. La prueba de la similitud o equivalencia, que no identidad mimética de los requisitos exigidos, corresponde al fondo que alega la infracción, siendo de aplicación las reglas generales de los medios de prueba y carga de la prueba, correspondiéndole a las autoridades fiscales nacionales comprobar dicha similitud o equivalencia, y en caso de duda o insuficiencia le corresponde utilizar los mecanismos relativos a la cooperación internacional sobre información para despejarlas.

Por lo demás, constituyendo la comparabilidad, y probada la equivalencia, el primer e imprescindible paso, sólo se accedería al siguiente estadio para examinar si la aplicación del CDI bilateral para eliminar la doble imposición daría lugar a la neutralización de la diferencia de trato, una vez superado el test de comparabilidad.

Así ha venido a reconocerlo el TJUE, por ejemplo en la sentencia Amurta, en tanto que cuando un Estado miembro invoca un convenio para evitar la doble imposición celebrado con otro Estado miembro, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si, en el litigio principal, debe tenerse en cuenta ese convenio y, en su caso, comprobar si permite neutralizar los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales.

Por todo lo dicho la respuesta que debió darse a la cuestión de interés casacional propuesta en el auto de admisión debería haber sido la siguiente:

- El análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes, "FIL o Hedge Fund" y las Instituciones de Inversión Colectiva residentes en España, al objeto de aplicar el art. 63 TFUE, debe realizarse, conforme a la legislación española de fuente interna aplicable a los fondos de inversión libre, Ley 35/2003 y reglamentos de desarrollo, verificado el cumplimiento de la legislación aplicable a este tipo de Fondos de Inversión Libres en el Estado de residencia (o Estado de origen).

- De la normativa española se infiere que, los elementos que deben tenerse en consideración a efectos del análisis de comparabilidad entre Fondos de Inversión Libres o no armonizados no residentes, "FIL o Hedge Fund" y las Instituciones de Inversión Colectiva residentes en España, son aquellos elementos conformadores esenciales que definen e identifican a los Fondos de Inversión Libres o no armonizados, "FIL o Hedge Fund", residentes previstos en la Ley 35/2003 y normas reglamentarias, y permiten el desarrollo de sus actividades en unas condiciones equivalentes.

- La carga de la prueba de que se cumplen los requisitos de comparabilidad corresponde al fondo no residente que reclama la devolución de las cantidades retenidas, conforme a las normas generales sobre la prueba.

Lo cual llevado al caso enjuiciado, aún el defecto determinante apuntado en referencia a la Directiva de los Fondos armonizados, señala la sentencia impugnada como motivo desestimatorio la falta de acreditación de elementos esenciales como un número mínimo de partícipes y la tenencia de un patrimonio mínimo, correspondiéndole la acreditación de la comparabilidad, sin que lo haya logrado con la documentación presentada, por lo que no cabe entender que se encuentre en una situación similar a las de las entidades residentes en España.

Pues bien, aún el error por la referencia en la sentencia de instancia al cumplimiento de los requisitos previstos en la Directiva 2009/65/CE, puesto que dicha Directiva no conforma el marco jurídico para la realización del contraste a realizar, en cambio resultaba correcto a mi entender exigir la acreditación de la autorización por la autoridad competente, - certificado emitido por la AMF-, número de partícipes y monto del patrimonio, previstos en la normativa nacional, también para las no armonizadas. Al efecto resulta idóneo atender al examen de los elementos básicos que anteriormente hemos reproducido.

Ha de convenirse que es común a todas las IICs su conformación con partícipes -cerrada o abierta, aunque en estos casos se exija su configuración abierta- y por un determinado patrimonio; son elementos imprescindibles y comunes no sólo a las "Hugde funds" nacionales, sino también a las no residentes. Cuando el TRLIS conecta el tipo del 1% en referencia a la Ley 35/2003 y su reglamento, que exige, aparte de la autorización, un número mínimo de socios o partícipes - en el caso que nos ocupa art. 73.1c) del reglamento, que exige 25 socios o partícipes- ya lo hemos visto, y a un capital o patrimonio mínimo, también se ha hecho ya referencia a este requisito, aquellas "hugde funds" que no cumplen los citados requisitos no obtienen la ventaja fiscal, sino que deben tributar por el tipo general del impuesto sobre sociedades, por lo que si las no residentes no cumplen los citados requisitos, esto es, si no cumplen la normativa de referencia, se encuentran en una situación objetivamente distinta de aquellos "hugde funds" residentes que se benefician del tipo reducido; por lo que no superan el test de comparabilidad para constatar si se infringe o no el art. 63 del TFUE. Estamos ante situaciones objetivamente distintas.

Son requisitos básicos, el número de partícipes, el patrimonio mínimo y la autorización permanentemente supervisada; en lo que ahora interesa, la normativa nacional de referencia prevé que aquellos IICs residentes que no cumplan dichos requisitos verán revocada la autorización concedida por la CNMV, art. 11.1.c y d:

" c) Disponer del capital social o patrimonio mínimos en el plazo y cuantía que reglamentariamente se determinen.

d) Contar con los accionistas o partícipes en el plazo y número legalmente exigible".

La normativa española no sólo incide sobre aspectos sustanciales como la autorización, la supervisión de los IICs, sus categorías y estructuras, el desarrollo de su actividad y la limitación de riesgos en las inversiones a acometer y la publicidad e información exigible, sino que refuerza el carácter abierto de inversión colectiva exigiendo un número mínimo de accionistas o partícipes, y procurando estabilidad y seguridad mediante el establecimiento de volúmenes mínimos de capital o patrimonio. El que estos aspectos sustanciales se delimiten en cifras concretas y determinadas, resulta una opción del legislador y de la Administración, a la que autoriza la ley, legítima, y sin que exista inconveniente jurídico o financiero alguno para que, al igual que se exige a los "hugde funds" residentes para obtener o mantener la ventaja fiscal, se exija a los no residentes. Son aspectos de carácter esencial que definen el régimen legal de estos IICs no armonizados -en principio también de los armonizados, aunque el legislador tomara como referencia la Directiva 2009/65/CE-; baste observar que la condición de partícipe se obtiene con la aportación económica al patrimonio común, pero sólo cuando el número de partícipes no sea inferior a 100, excepto que reglamentariamente se establezca otro número, art. 73 del reglamento que prevé 25 para este tipo de fondos, no se tendrá los derechos mínimos legalmente dispuestos, ni se podrá obtener ni mantener la autorización.

Ya la resolución del TEAR señaló que correspondiéndole a la reclamante la carga de la prueba, esta no ha acreditado ser objetivamente comparable con las IICs españolas, en referencia explícita al número de partícipes y el volumen del patrimonio -no en idénticos términos a los previstos en la legislación nacional, pero sí en similares o equivalentes mínimos-. La Sala de instancia, como ya ha quedado dicho, se mueve en la misma línea, la falta de acreditación por parte de la recurrente de la acreditación de cumplir los requisitos, al menos, de número de partícipes y patrimonio mínimo, correspondiéndole la prueba a la actora. En definitiva, la cuestión en conflicto deriva hacia la valoración de la prueba y su resultado, que, en general, resulta intangible para la casación.

No superado el test de comparabilidad objetiva, resultaba innecesario entrar a dilucidar sobre otras cuestiones, en concreto en cuanto media el CDI entre España y Francia, no ha lugar a dilucidar sobre la posible neutralización "del trato discriminatorio por el eventual juego de lo dispuesto en el Convenio bilateral suscrito entre España y el país de residencia del Fondo de Inversión Libre, que determine que el fondo reclamante haya podido deducir en su país de residencia la tributación soportada en España, neutralizando así los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales".

Por todo lo dicho, la sentencia debió ser desestimatoria y confirmatoria de la sentencia de instancia.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.