

AUDIENCIA NACIONAL*Sentencia de 6 de junio de 2025**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Recurso n.º 164/2022***SUMARIO:**

IRNR. Políticas y principios del Derecho de la UE. Principio de no discriminación. Libre circulación de capitales. *Trato fiscal no justificado entre fondos de inversión libre residentes y no residentes en situaciones comparables.* La Audiencia Nacional, con expresa remisión a la doctrina del Tribunal Supremo, declara que la normativa del IRNR aplicable en los ejercicios controvertidos infringe la libertad de circulación de capitales al establecer un trato fiscal no justificado entre fondos de inversión libre residentes y no residentes en situaciones comparables, al someter a estos últimos a una mayor tributación sobre dividendos pese a concurrir una idéntica manifestación de capacidad económica. A partir de ello, señala que la efectividad del Derecho de la Unión exige un análisis de comparabilidad con los fondos residentes, atendiendo a los elementos esenciales definidos por el Tribunal Supremo, en particular la captación de capital del público, la autorización en el Estado de residencia y la gestión por entidad autorizada conforme a la normativa aplicable. En cuanto a la carga de la prueba, corresponde al fondo no residente acreditar dicha comparabilidad, si bien no pueden exigirse medios probatorios equivalentes a los de los fondos residentes ni requisitos desproporcionados, debiendo la Administración, en caso de duda, acudir a los mecanismos de intercambio de información, cuya falta de utilización debe valorarse en la distribución de la carga probatoria. En el caso concreto, la Sala considera que la recurrente ha acreditado de forma suficiente y rigurosa los elementos de comparabilidad, sin que la Administración haya desvirtuado la prueba ni activado dichos mecanismos, por lo que declara superado dicho análisis. Asimismo, descarta la neutralización de la discriminación vía convenio de doble imposición, al no resultar acreditado que el gravamen soportado pueda compensarse en el Estado de residencia, apreciando un perjuicio real y efectivo. Igualmente, declara probada la realidad de las retenciones soportadas. En consecuencia, estima el recurso, anula la resolución impugnada y reconoce el derecho a la devolución de las retenciones indebidamente soportadas, con el límite de la diferencia respecto del tipo aplicable a entidades residentes comparables, así como a los intereses de demora desde la fecha de la retención, sin que ello pueda dar lugar a devoluciones duplicadas.

AUDIENCIA NACIONAL**SENTENCIA****AUDIENCIA NACIONAL***Sala de lo Contencioso-Administrativo***SECCIÓN SEGUNDA****Núm. de Recurso:** 0000164/2022**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO**Núm. Registro General:** 02018/2022**Demandante:** LHCO-FONDS**Procurador:** ANA RAYON CASTILLA**Demandado:** TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL**Abogado Del Estado****Ponente Ilma. Sra.:** D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO**SENTENCIA N.º:****Ilma. Sra. Presidente:**D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO**Ilmos. Sres. Magistrados:**

Síguenos en...

D. FRANCISCO GERARDO MARTINEZ TRISTAN

D. JAVIER EUGENIO LÓPEZ CANDELA

D. MARCIAL VIÑOLY PALOP

Madrid, a seis de junio de dos mil veinticinco.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso administrativo tramitado con el número **PO 164/2022**, interpuesto por la entidad **LHCO-FONDS**, representada por la Procuradora D^a Ana Rayón Castilla, contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 30 de noviembre de 2021, relativa al Impuesto sobre la Renta de No Residentes, ejercicios 2012 y 2013.

Ha comparecido como parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por la representación procesal expresada se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado en el Registro General de esta Audiencia Nacional el 10 de febrero de 2022, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 30 de noviembre de 2021, desestimatoria de las reclamaciones económico-administrativas nº 00/00946/2018 y 00/02552/2018 que habían sido interpuestas contra liquidaciones provisionales dictadas por la Dependencia de Asistencia y Servicios Tributarios de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, como consecuencia de otras tantas solicitudes de devolución del IRNR sin establecimiento permanente relativas a los ejercicios 2012 y 2013.

2. Admitido a trámite, se requirió a la Administración demandada la remisión del expediente administrativo, ordenándole que practicara los emplazamientos previstos en el [artículo 49 de la Ley de la Jurisdicción](#). Verificado, se dio traslado al recurrente para que dedujera la demanda.

3. Cumplimentando el traslado conferido, el Procurador de la parte actora presentó escrito de demanda el 26/4/2022 en el que, después de exponer los hechos y fundamentos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala:

"Que teniendo por presentado en tiempo y forma este escrito, se sirva admitirlo y, en méritos a lo manifestado en el cuerpo del mismo, tenga por formulada demanda en el recurso contencioso-administrativo nº 164/2022y, tras los trámites legales oportunos, en su día dicte sentencia por la que, estimando íntegramente el presente recurso, se acuerde:

1. Anular la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de fecha 30 de noviembre de 2021, que desestima las reclamaciones económico-administrativas números 00/00946/2018 y 00/02552/2018; por no ser conforme a Derecho.

2. Anular los acuerdos de liquidación mediante los que, en su día, la AEAT denegó las solicitudes de devolución instadas por mi representada respecto del exceso de retenciones soportado en los ejercicios 2012 y 2013.

3. Ordenar la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas en el Tesoro Público, que ascienden a **11.069,97 euros en el ejercicio 2012 y 4.208,77 euros en el ejercicio 2013**, junto con los intereses de demora correspondientes devengados desde la fecha en que se realizó el ingreso indebido por las entidades pagadoras de los dividendos hasta que se ordene el pago de la devolución solicitada.

4. Condenar en costas a la Administración demandada. "

4. El Abogado del Estado por escrito que tuvo entrada en la Audiencia Nacional en fecha 23/6/2022, tras alegar cuantos hechos y fundamentos jurídicos tuvo por conveniente, contestó la demanda, y terminó por suplicar a la Sala:

"Que, habiendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por contestada la demanda, por devuelto el expediente administrativo y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que:

1º.- *Declare la inadmisibilidad del recurso interpuesto.*

2º.- *Subsidiariamente, lo desestime y confirme la Resolución recurrida.*

3º.- *En cualquiera de los casos, condene en las costas al recurrente".*

5. Mediante diligencia de ordenación de 28/6/2022, se fijó la cuantía en 15.278,74 eu ros.

6. Después de acordar mediante Auto de fecha 28/6/2022 el recibimiento a prueba y admitir y practicar la propuesta y admitida se concedió a las partes el término sucesivo de diez días para que presentaran sus conclusiones. Trámite evacuado por escritos incorporados a los autos, tras lo cual se declaró concluso el procedimiento, y se señaló para su votación y fallo el día 4 de junio de 2025, fecha en la que ha tenido lugar.

Síguenos en...



En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Objeto del recurso.

El recurso se dirige a la impugnación de la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 30 de noviembre de 2021, desestimatoria de las reclamaciones económico-administrativas nº 00/00946/2018 y 00/02552/2018 que habían sido interpuestas contra liquidaciones provisionales dictadas por la Dependencia de Asistencia y Servicios Tributarios de la Delegación Central de Grandes Contribuyentes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, como consecuencia de otras tantas solicitudes de devolución del IRNR sin establecimiento permanente relativas a los ejercicios 2012 y 2013.

El fondo de inversión recurrente, residente fiscal en Alemania, solicitó a través de su sociedad gestora la devolución de las cantidades que le fueron retenidas a cuenta del IRPF sobre los dividendos obtenidos en sus inversiones en acciones españolas, mediante la compensación de las correspondientes declaraciones modelo 210.

Y frente a dichas resoluciones denegatorias se interpusieron ante el TEAC las correspondientes reclamaciones económico-administrativas alegándose, en primer lugar, la comparabilidad entre las IIC alemanas no armonizadas y las IIC españolas, invocando la STJUE de 10 de abril de 2014 para fundamentar que tenían derecho a la aplicación del 1% en sus autoliquidaciones; en segundo lugar, la improcedencia de los parámetros de comparabilidad utilizados por la Administración y, subsidiariamente, justificando esa comparabilidad mediante la certificación que aportaba sobre la condición de IIC según la legislación interna alemana y la supervisión y condiciones de tributación en Alemania.

2. Cuestiones suscitadas.

Las cuestiones planteadas en la demanda son las siguientes:

- La primera cuestión consiste en determinar si la normativa del IRNR, en su redacción vigente en los ejercicios controvertidos, permitía a un fondo de inversión libre residente en otro Estado miembro de la UE y que no se encuentra en el ámbito de aplicación 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), y por tanto se considera un fondo no armonizado, obtener la devolución del exceso de retenciones soportado sobre el tipo de gravamen del 1% que era aplicable en el Impuesto sobre Sociedades a los fondos de inversión - armonizados o no - residentes en España.

- En caso de ser negativa la respuesta a la anterior cuestión, esto es, en caso de no permitir la normativa del IRNR dicha devolución, la segunda cuestión que debe resolver la Sala es si la normativa del IRNR vigente en los ejercicios controvertidos, al no permitir dicha devolución, infringía el principio de libre circulación de capitales consagrado en el [artículo 63 TFUE](#).

- En tercer lugar, se parte en la demanda de la premisa de que la respuesta a la anterior pregunta será positiva -el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en este sentido-, y por ello nos plantea la cuestión de es cómo debe proyectarse sobre los fondos de inversión libre residentes en otro Estado miembro de la UE la doctrina jurisprudencial sentada en relación con los fondos de inversión no armonizados residentes en Estados Unidos («EEUU»). Esta cuestión, se enlaza directamente con el reparto de la carga de la prueba respecto del requisito de "comparabilidad" y la existencia de mecanismos de intercambio de información entre España y Alemania (Estado de residencia de la IIC recurrente) que permitían a la Administración española comprobar la equivalencia entre un fondo de inversión libre francés y un fondo de inversión libre español.

- La cuarta cuestión que plantea la demanda es si, como pretende el Abogado del Estado, la [sentencia del TJUE de 30 de enero de 2020, Köln-Aktienfonds Deka \(C-156/17, EU:C:2020:51\)](#) avala la tesis de que, para poder ser considerados "comparables" con un fondo de inversión libre residente, los fondos de inversión libre de otros Estados miembros de la UE deben cumplir los tres requisitos que en la contestación a la demanda se citan como sustanciales: el patrimonio mínimo (3.000.000 €), el número mínimo de partícipes (25) y la inversión mínima por partícipe (50.000 €).

Por su parte el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, comienza por alegar diversos motivos de inadmisibilidad del recurso cuestionando el cumplimiento de los requisitos para la debida constitución de la relación procesal. Así, cuestionando tanto la capacidad procesal como la legitimación del fondo como la representación legal por la sociedad gestora.

Y, en cuanto al fondo del asunto, partiendo de que la esencial discrepancia entre las partes de este contencioso reside en que mientras el recurrente sostiene (i) que el Fondo es comparable a un fondo de inversión libre residente en España y (ii) que lo ha probado, se insiste en la contestación a la demanda en

línea con la resolución impugnada que no lo es porque no cumple algunos requisitos esenciales de los fondos de inversión libre residentes en España, requisitos que sustancialmente condicionan el tratamiento fiscal, y, además, algunos otros de estos requisitos no han sido probados ni vía administrativa, ni en este proceso.

En definitiva, se niega la comparabilidad del Fondo a un FIL residente en España y se remite a los requisitos concretos que señala pormenorizadamente la Resolución en los FD Cuarto, Quinto, Sexto y Séptimo.

Por último, se refiere el Abogado del Estado a la [STJUE de 30 de enero de 2020](#), dictada en el asunto C)-156/17 (K-oln-Aktienfonds Deka) que avalaría, a su juicio, la conformidad a Derecho de la resolución administrativa impugnada.

3. Sobre la admisibilidad del recurso.

Para rechazar la inadmisibilidad del recurso por falta de capacidad procesal del fondo recurrente, por no estar debidamente representado y no haber acreditado el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones con arreglo a las normas o estatutos que le sean de aplicación, nos atendremos a lo ya declarado, entre otras sentencias de esta misma Sala y Sección a propósito de idénticos alegatos, a lo que acabamos de decir en nuestras [SSAN de 21 y 28 de junio de 2023](#), dictadas en los recursos nº [417/2019](#) y [704/2019](#) que a su vez reiteran lo ya declarado en la [SAN de 22 de junio de 2022](#) (ROJ [2942/2022](#)) en su FJ *TERCERO*:

"Sostiene la Administración demandada, en síntesis y con fundamento en los [arts. 18, 23.2, 45.2.d\), 68.1.a\)](#) y [69 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa](#) (en adelante, Ley 29/1998), que el recurso resulta inadmisibile en la medida en que los fondos carecen de capacidad procesal (o, al menos, no la han acreditado y existen motivos para una razonable duda al respecto), haberse interpuesto además por quienes no están debidamente representados (la Procuradora actuante carece de poder otorgado por los fondos recurrentes) y no ser suficiente el documento n.º 4 aportado con el escrito de interposición para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones los fondos (no es posible conocer a través del mismo cuáles son esos requisitos y, en su caso, si los mismos concurren o no efectivamente).

En respuesta a las anteriores causas de inadmisibilidad, mediante escrito de alegaciones de fecha 2 de febrero de 2020, la parte actora opuso las siguientes razones:

-en cuanto a la falta de capacidad procesal, que si la AEAT había reconocido que los obligados tributarios eran los fondos y el TEAC les había admitido legitimación para recurrir en vía económico-administrativa, carecía de sentido negarles ahora la legitimación procesal. Además, la parte actora invocaba la doctrina jurisprudencial según la cual la Administración no puede negar capacidad procesal a quien previamente se la haya reconocido en vía administrativa, en virtud del respeto a la doctrina de los actos propios;

-en cuanto a la falta de acreditación de la representación, la lectura conjunta del poder aportado evidencia que la sociedad gestora y administradora de los fondos de inversión otorgó el poder a la Procuradora y Abogados en él mencionados para que representen a los fondos y no a la propia sociedad gestora. En cualquier caso, al amparo de la posibilidad de subsanación reconocida por la jurisprudencia, la parte actora aportó además como documento n.º 1 del citado escrito un poder a favor de la Procuradora actuante en el que constaba, de manera inequívoca, que los otorgantes del poder eran los fondos y no la gestora;

-y, finalmente, en cuanto a la falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones los fondos recurrentes, que el óbice opuesto por la Administración no podía ser atendido en la medida en que aquellos carecen de personalidad jurídica, no existe en ellos una junta de socios que tenga atribuidas funciones correspondiendo las mismas y siendo ejercidas por la sociedad gestora, es a esta a la que corresponde tomar la decisión de interponer un recurso judicial al ser esta una decisión que se enmarca en la gestión y administración del patrimonio de los fondos y, finalmente, que tales requisitos se acreditaban con los poderes aportados a los autos.

Pues bien, comenzando por la causa de inadmisibilidad relativa a la falta de capacidad procesal, esta cuestión ya ha sido resuelta por la [sentencia de esta Sala y Sección de 27 de junio de 2022](#) (ROJ: [SAN 2942/2022](#), FJ 3), que rechazó el alegato de la Administración demandada con base en las siguientes razones:

"TERCERO. - Las inadmisibilidades opuestas por la Abogacía del Estado.

En cuanto a lo sucedido en este proceso, cabe resaltar que tras las alegaciones de inadmisibilidad planteadas por el Abogado del Estado, y tras las sucesivas subsanaciones de la parte recurrente, la relación jurídico procesal ha quedado trabada sólo respecto a los dos fondos de inversión que figuran en el encabezamiento; y sobre ellos, el único óbice procesal que sigue manteniendo la Abogacía del Estado es que carecen de capacidad procesal, porque, de acuerdo con el [artículo 18 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción](#), al tratarse de fondos sin personalidad jurídica carecen de capacidad procesal, porque no existe ley que así lo declare expresamente.

Síguenos en...



El mencionado artículo establece que tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, en lo que ahora importa, las uniones sin personalidad, -entidad apta para ser titular de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas-, cuando la ley así lo declare expresamente. Y como quiera que se observa que no existe ley que declare expresamente que los fondos de inversión, constituidos con arreglo a la normativa alemana puedan tener capacidad procesal, la conclusión es que no tiene abierto el acceso a este proceso.

Cierto es que la parte actora afronta la cuestión desde la perspectiva doctrinal, pero no lo es menos que la conclusión a la que llega la Abogacía del Estado conduce a estos fondos a un limbo procesal, en el que su derecho a la tutela judicial efectiva quedaría seriamente comprometido.

Por tanto, por mor del principio de la interpretación del ordenamiento jurídico que conduzca a la mayor efectividad del derecho fundamental afectado, hemos de considerar que la capacidad procesal de estos entes sin personalidad se complementa (ley que daría cobertura a esta capacidad) con el reconocimiento que el ordenamiento jurídico realiza a través de otras leyes, en las que para los fines de las mismas, se les atribuye la ficción jurídica de ser entes de imputación de derechos y deberes, esencialmente los tributarios.

Es paradójico, pero es el propio Abogado del Estado el que nos ofrece las pautas interpretativas para alcanzar la anterior conclusión.

En efecto, manifiesta que el reconocimiento en las repetidas vías ha de hacerse, y se hizo, a la vista de las normas aplicables, que son las de la [Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria \(LGT\)](#). En particular, han de considerarse: el artículo 35. Apartados 1, 3 y 4, conforme al que la condición de obligado tributario se anuda de manera hasta cierto punto tautológica a ser una entidad a la que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias; y, tratándose de entidades sin personalidad jurídica, a constituir una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición.

Los artículos 44 y 45, de los que resulta con naturalidad que un obligado tributario puede carecer de capacidad de obrar, pero que tal cosa no le impide serlo y tampoco le impide, actuando mediante representante, ser interesado en los procedimientos.

El mismo artículo 45, en cuanto a esa representación, con una concepción extremadamente amplia, cuando se trate de obligados tributarios sin personalidad jurídica, respecto de los que, de manera nuevamente tautológica, se dice que "actuará en su representación el que la ostente, siempre que resulte acreditada", y, además, considerando representante al "que aparentemente ejerza la gestión o dirección".

Este régimen jurídico, determinante de lo que se reconoció o admitió en vía administrativa y, en particular, por el TEAC, puede contrastar con el régimen de la vigente LJCA, pero esta aparente contradicción ha de solventarse por la vía interpretativa que permita el acceso a la jurisdicción a estos fondos.

Se desestima que carezcan los fondos de capacidad procesal".

Y en esa misma sentencia continuábamos diciendo:

"En cuanto a la falta de acreditación de la representación, debemos partir de una consideración que admite la propia Administración demandada y es la de que quienes están recurriendo son los fondos recurrentes y no su sociedad gestora. "No es dudoso que la condición de recurrente o parte actora corresponde a esos ocho fondos... No es dudoso que no es recurrente la entidad gestora ETF LAB", dice expresamente el Abogado del Estado en el escrito de contestación. Asumiendo esta premisa, la causa de inadmisibilidad opuesta por la Administración se reduce a la consideración de que "la procuradora no tiene poder de quienes dice tenerlo".

En este contexto debemos concluir que la representación otorgada por los fondos recurrentes a la Procuradora D. ^a Ana Rayón Castilla ha quedado acreditada a través del poder unido como documento n.º 1 al escrito de conclusiones.

Subsanación de la falta de acreditación de la representación que, en línea de principio, tiene amparo en la doctrina jurisprudencial de aplicación (por ejemplo, *mutatis mutandis*, [sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2020](#), ROJ: STS 1090/2020).

No cabe admitir, por lo demás, la causa de inadmisibilidad de caducidad del plazo de interposición del recurso al amparo del [art. 51.1.d\) de la Ley 29/1998](#) que la Administración demandada introduce en trámite de conclusiones. Además de que ese alegato impugna la posibilidad de subsanación admitida por la jurisprudencia, su propia formulación en trámite de conclusiones infringe lo dispuesto en el [art. 51.1 de la Ley 29/1998](#), a tenor del cual: "En el acto de la vista o en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación".

Finalmente, respecto a la falta de acreditación del cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones los fondos recurrentes, debemos partir del dato no controvertido de que los fondos recurrentes son patrimonios sin personalidad jurídica. Sobre la base de este presupuesto, hemos de recordar que el [art. 45.2.d\) de la Ley 29/1998](#) se refiere a la aportación del "documento o documentos que acrediten el

cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado".

Pues bien, interpretando esta disposición a propósito de otras entidades carentes de personalidad jurídica como son las comunidades de propietarios, la [sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2023](#) (ROJ: STS 1182/2023, FJ 3), ha declarado que *"en el ejercicio de las acciones judiciales en vía contencioso administrativa, no le es de aplicación las previsiones del art. 42.2.d) de la LJCA a las comunidades de propietarios, que no tienen la consideración de personas jurídicas, estando habilitado el Presidente de la comunidad de propietarios que ostenta su representación que le es suficiente para legitimarle en las acciones emprendidas en este orden, por así no sólo exigirle la interpretación más acorde con el principio de tutela judicial efectiva, sino también por favorecer de mejor forma el mandato constitucional del control de la actividad administrativa por parte de los órganos jurisdiccionales"*.

A la luz de esta jurisprudencia, consideramos que debe darse la misma respuesta al presente caso y que no puede condicionarse, en el sentido que postula la Administración, el ejercicio de acciones por parte de los fondos recurrentes a la aportación de los documentos que el [art. 45.2.d\) de la Ley 29/1998](#) exige a las personas jurídicas.

En el presente caso, además, consta la intervención de D. Nazario en representación de los fondos recurrentes (por ejemplo, documento n.º 4 de los unidos al escrito de interposición).

D. Nazario compareció en la vía administrativa y en la vía económico-administrativa en la misma condición con que actúa en este recurso, es decir, en representación de los fondos recurrentes.

A pesar de lo anterior, en ninguna de tales vías consta que se le opusiera obstáculo o reparo por esta misma causa.

Cabe traer a colación en este punto la doctrina jurisprudencial según la cual es exigible a la Administración una coherencia y consistencia en el reconocimiento de personalidad o de legitimación en el proceso contencioso-administrativo respecto del efectuado en vía administrativa. Así, por ejemplo, la [sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2020](#) (ROJ: STS, FJ 2), afirma: *"es doctrina jurisprudencial reiterada la de que la Administración no puede desconocer en vía contenciosa la personalidad reconocida en vía administrativa, aunque no sean coincidentes los términos de la legitimación en vía administrativa con los propios de la vía jurisdiccional"*. Argumentación que, *mutatis mutandis*, puede trasladarse a la cuestión de la representación a que hemos hecho mención."

Hasta aquí lo declarado por la Sala en las referidas sentencias y en otra muchas posteriores en las que se han resuelto idénticas cuestiones procesales.

Pues bien, estas mismas razones -que el Abogado del Estado nos obliga a reiterar- son las que nos conducen a rechazar, una vez más, las causas de inadmisibilidad invocadas en la contestación a la demanda.

4. Sobre el fondo del asunto: remisión a la doctrina jurisprudencial fijada en las [sentencias del Tribunal Supremo de 5/04/2023 \(R.C. 7260/21\)](#), [de 11/04/2023 -tres- \(R.C. 7123/21, R.C. 8220/21 y R.C. 7127/21\)](#) y [de 25/04/23 \(R.C. 8494\)](#). Y a las últimas sobre la materia de 18 y 25 de marzo de 2025.

Cuestiones sustancialmente idénticas, en lo atinente ya al fondo del asunto, han sido planteadas y resueltas por la Sala en la SAN de 30 de julio de 2021 y en otras muchas posteriores.

En la [sentencia de 30 de julio de 2021](#) la Sala concluyó:

(i) que la resolución económico-administrativa no podía enmendar el error de la Administración tributaria al denegar la devolución por un motivo que resultaba inaplicable a los Fondos solicitantes, al exigir el certificado de cumplimiento de las condiciones de homologación de fondos armonizados, y ello por cuanto los solicitantes son Fondos de Inversión Libre o Alternativos (FIL o FIA), no armonizados y, por tanto, no sometidos a la [Directiva 2009/65/CE](#) -fundamento jurídico cuarto-.

(ii) la inexistencia de mecanismo de devolución para los fondos libres no residentes, como premisa de la vulneración del derecho de la Unión -fundamento jurídico quinto-.

(iii) la superación del análisis de comparabilidad de la situación de los Fondos solicitantes, Fondos de Inversión Libres, con la situación de una institución de la misma naturaleza residente en España, *"bien porque aportó documentación suficiente, valorada desde la perspectiva de la legislación alemana, bien porque si no era suficiente la aportada el TEAC debió establecer cuál sería la documentación idónea para los fines pretendidos, teniendo en cuenta que al no ser un fondo armonizado no le sería exigible el certificado oficial que condicionó la desestimación de las resoluciones originariamente recurridas. Y, en fin, porque, de ser así, debió la Administración Tributaria española poner en marcha los mecanismos de intercambio recíproco de información, al objeto de determinar que las IIC reclamantes estaban en una situación*

normativa y fáctica idónea para recibir el mismo tratamiento que sus homólogas españolas, y nada de esto hizo"-fundamento jurídico sexto-.

(iv) la falta de prueba de la posible neutralización del trato discriminatorio por el eventual juego de lo dispuesto en el Convenio bilateral con Alemania, considerando al efecto que *"la carga de la prueba, como en el fondo admiten el TEAC y la Abogacía del Estado, correspondía a la Administración"-fundamento jurídico sétimo-.*

La sentencia anterior fue recurrida en casación por la Administración General del Estado y el [Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de abril de 2023](#) (ROJ: STS 1845/2023, FJ 7; en adelante, [sentencia de 25 de abril de 2023](#)), ha acordado no haber lugar al mismo por entender que *"la decisión de la sentencia recurrida es sustancialmente coherente con la doctrina jurisprudencial que hemos fijado"*.

La referida doctrina jurisprudencial se recoge en el fundamento jurídico sexto de la [sentencia de 25 de abril de 2023](#), por remisión a los criterios interpretativos fijados en la [sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2023](#) (ROJ: STS 1432/2023, FJ 16), en los siguientes términos:

"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 [...]"

Esta doctrina ha sido recientemente ratificada en la [STS de 18 de marzo de 2025 \(r.c. nº 3803/2023\)](#).

Por tanto, a la luz a estos criterios interpretativos debemos dar respuesta a las cuestiones litigiosas que se suscitan en el presente recurso. De ello nos ocuparemos en el siguiente fundamento jurídico.

5. Aplicación al caso de la doctrina jurisprudencial.

Y es a la luz de los criterios interpretativos fijados en las referidas sentencias del Tribunal Supremo como venimos resolviendo recursos sustancialmente idénticos, la primera de las cuestiones planteadas en la demanda; esto es, partiendo de la existencia de una infracción originaria del derecho de la Unión Europea en que ha incurrido la normativa española al imponer como elemento diferenciador del tratamiento tributario la residencia en España.

Asimismo, y en segundo lugar, el medio para restablecer la efectividad de la libre circulación garantizada por el [artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), ha de consistir en el análisis de comparabilidad entre los Fondos de Inversión Libre o no armonizados no residentes y sus comparables residentes en España, a partir de los elementos concretos que el Tribunal Supremo señala que deben ser tomados en consideración en las indicadas sentencias.

En tercer lugar, 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.

Pues bien, atendiendo a la prueba aportada en este caso, también aquí la Sala ha de concluir que el recurrente ha realizado un esfuerzo serio y riguroso para acreditar todos y cada uno de los elementos de comparabilidad.

Una actividad probatoria similar fue realizada por la recurrente en aquel asunto resuelto por la [SAN de 30 de julio de 2021](#), concluyéndose entonces que:

"la entidad recurrente superó el análisis de comparabilidad, bien porque aportó documentación suficiente, valorada desde la perspectiva de la legislación alemana, bien porque si no era suficiente la aportada el TEAC debió establecer cuál sería la documentación idónea para los fines pretendidos, teniendo en cuenta que al no ser un fondo armonizado no le sería exigible el certificado oficial que condicionó la desestimación de las resoluciones originariamente recurridas. Y, en fin, porque, de ser así, debió la Administración Tributaria española poner en marcha los mecanismos de intercambio recíproco de información, al objeto de determinar que las IIC reclamantes estaban en una situación normativa y fáctica idónea para recibir el mismo tratamiento que sus homólogas españolas, y nada de esto hizo".

El Tribunal Supremo, en la [sentencia de 25 de abril de 2023 \(FJ 7\)](#), ha confirmado la validez de la valoración probatoria realizada por esta Sala y Sección, al declarar que *"en cuanto a la cuestión de interés casacional*

la sentencia recurrida es, en lo sustancial, conforme con la doctrina jurisprudencial fijada, y sus valoraciones de los hechos y prueba aportada por los FIA solicitantes de la devolución de ingresos indebidos conducen al resultado estimatorio que declara".

En consecuencia, alineando la decisión del presente recurso a la valoración probatoria realizada en la [sentencia de 30 de julio de 2021](#) (FJ 6.4), también en este caso debemos considerar que la actora ha superado el análisis de comparabilidad, con las consecuencias inherentes a esta declaración a las que a nos hemos referido anteriormente. Al respecto baste traer a colación toda la documentación aportada en su día ante la Administración (certificado de retenciones, cuadro de detalle de los fondos, períodos reclamados, relación de fondos solicitantes, acuerdos de intercambio de información y asistencia mutua firmados por la CNMV y el organismo alemán correspondiente (BAWE), certificado del BAFIN, etc) y que se reseña con detalle en la propia resolución impugnada.

Los criterios interpretativos del Tribunal Supremo y su aplicación al caso concreto nos conducen a resolver de este modo la cuestión litigiosa.

En cuarto lugar, según el Tribunal Supremo, 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 el caso concreto de Alemania, como recuerda la [sentencia de 25 de abril de 2023](#) (FJ 7), " *en cuanto al eventual efecto de neutralización en la tributación en el país de residencia, Alemania, la sentencia declara que "[...] la documentación aportada por la recurrente, que no ha sido valorada ni por el TEAC, ni por la representación de la Administración Tributaria, salvo para negar que sea idónea, acredita el régimen fiscal existente para estas instituciones en Alemania, del que se infiere que no existe tal neutralización (STS de 17/12/2020 (rec. 5855/2018) , y 22/12/2020 (rec. 6746/2018) [...])*" (FD 7), *apreciación de hecho que no ha sido rebatida, y que proclama un perjuicio real y efectivo derivado de la discriminación por razón de residencia*".

En definitiva, concurriendo idénticas circunstancias en el presente caso, concluimos que también el criterio interpretativo de la citada doctrina jurisprudencial dirime la cuestión litigiosa relativa a la neutralización.

Y, por último, hay que señalar que el fondo recurrente ha acreditado la realidad de las retenciones soportadas a través de los certificados de retenciones del banco custodio y del subcustodio, cumpliendo así con la carga de probar que le corresponde sobre tales extremos, prueba que no ha sido desvirtuada por la Administración demandada.

6. Sobre los intereses de demora.

En cuanto a los intereses de demora, nos remitimos también a lo resuelto en decisiones anteriores, ciertamente ya muy numerosas, entre otras, en la repetida [SAN de 30 de julio de 2021](#), que ordenó el abono de intereses de demora devengados desde la fecha de la retención, en los términos que anteriormente habían sido declarados por [STS de 5 de junio de 2018](#), al afirmar que la estimación de la pretensión principal conllevaba el reconocimiento del derecho a percibir los intereses desde la fecha en que se produjo la retención indebida hasta la fecha de su efectivo pago.

7. Procedencia de la estimación del recurso.

En razón a todo lo anterior, procedente resulta la estimación también del presente recurso y, en consecuencia, anular la resolución impugnada y las liquidaciones provisionales de las que trae causa, declarando, en su lugar, que procede reconocer el derecho de la parte actora a la devolución de las cantidades solicitadas (con el límite máxima de la diferencia entre el importe efectivamente retenido sobre los dividendos percibidos y el que habría resultado de aplicar el tipo impositivo al que tributan las entidades comparables residentes en España) y al abono de los intereses de demora computados desde la fecha de la retención.

El pronunciamiento de la Sala ahora en los términos que se acaban de reseñar no puede servir de cobertura, por lo demás, a la obtención por parte de los fondos recurrentes de una devolución duplicada con base en un mismo certificado de retenciones.

8. Sobre las costas.

Las costas, con arreglo al [artículo 139.1 de la LJCA](#), se impondrán a la Administración demandada, una vez superadas las iniciales dudas de derecho que pudieran haberse suscitado, tras la fijación de la referida doctrina jurisprudencial sobre la materia litigiosa. .

Si bien, en casos, como el que nos ocupa durante una primera etapa no se impusieron las costas a la Administración debido a la complejidad de las cuestiones debatidas, sobre las que han recaído diversas

Síguenos en...



sentencias del Tribunal Supremo para fijar doctrina, recientemente hemos incorporado la condena en costas en sentencias como la presente, al considerar que la cuestión está suficientemente aclarada, limitando su cuantía a 3000 € de acuerdo con el [artículo 139.4 de la Ley Jurisdiccional](#).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **LHCO-FONDS**, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 30/11/2021, que anulamos, así como las liquidaciones de las que trae causa, por su disconformidad al Ordenamiento Jurídico, declarando, en su lugar, la procedencia de la devolución de las cantidades indebidamente retenidas, más los intereses de demora desde la fecha de la retención.

Con imposición de costas a la Administración demandada, con el límite de 3.000 euros por todos los conceptos.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el [artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción](#) justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-La anterior Sentencia ha sido publicada en la fecha que consta en el sistema informático. Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

