

**TRIBUNAL SUPREMO****Sentencia n.º 336/2025 de 26 de marzo de 2025****Sala de lo Contencioso-Administrativo****Rec. n.º 3801/2023****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.** La recurrente es un fondo residente en Andorra que no está armonizado ni se encuentra incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo que en el ejercicio 2014, invirtió en el capital de diversas sociedades cotizadas españolas, obteniendo dividendos sujetos al IRNR, como rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, quedando sometidas un tipo de retención del 21%. La actora solicitó la rectificación de las autoliquidaciones presentadas por el IRNR, 2014, de las rentas obtenidas por no residentes sin establecimiento permanente, por los dividendos en España de las acciones de determinadas entidades, solicitando igualmente, la devolución de las retenciones indebidamente soportadas, que le fueron denegadas. El fondo de inversión interpuso sendas reclamaciones, acumuladas ante el TEAR que fueron desestimadas al apreciar que no se demostró estar en situación de igualdad con las IIC españolas, al no acreditar su supervisión por un organismo andorrano equivalente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España, ni los requisitos de objeto de las inversiones, diversificación de riesgos, mínimo de 100 participantes y capital social mínimo de 3 millones de euros, resolución que fue confirmada por la sentencia recurrida. El Tribunal se remite a su jurisprudencia sobre el tratamiento fiscal diferenciado no justificado entre las OICVM no armonizados no residentes y las IIC residentes en España [Vid., STS de 5 de abril de 2023, recurso n.º 7260/2021, entre otras]. En dicha sentencia el Tribunal fijó como doctrina, que debe aplicarse a este caso, 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, 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. 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:

Síguenos en...

- 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.

## TRIBUNAL SUPREMO

### SENTENCIA

#### Magistrados/as

ISAAC MERINO JARA  
FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS  
MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE  
MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA  
MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS  
SANDRA MARIA GONZALEZ DE LARA MINGO

#### TRIBUNAL SUPREMO

#### Sala de lo Contencioso-Administrativo

#### Sección Segunda

#### Sentencia núm. 336/2025

Fecha de sentencia: 26/03/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3801/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/03/2025

Síguenos en...



Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara  
Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.5  
Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Antonio Naranjo Lemos  
Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 3801/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Antonio Naranjo Lemos

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Segunda**

#### **Sentencia núm. 336/2025**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Francisco José Navarro Sanchís, presidente

D. Isaac Merino Jara

D.ª Esperanza Córdoba Castroverde

D. Manuel Fernández-Lomana García

D. Miguel de los Santos Gandarillas Martos

D.ª Sandra María González de Lara Mingo

En Madrid, a 26 de marzo de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 3801/2023, interpuesto por la procuradora doña Milagros Duret Argüello, en representación de la mercantil Mora Europe Equity Fund FI, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el 13 de marzo de 2023, que desestimó el recurso contencioso-administrativo núm. 254/2021 sobre impuesto sobre la renta de no residentes - IRNR-, sin establecimiento permanente, del año 2014.

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

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Resolución recurrida en casación.

El objeto del presente recurso de casación lo constituye la sentencia dictada el 13 de marzo de 2023 por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso núm. 254/2021 contra la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid -TEAR- de 27 de octubre de 2020, que desestimó cinco reclamaciones relativas a solicitudes de devolución de las retenciones a cuenta del IRNR, sin establecimiento permanente, del año 2014.

**SEGUNDO.** - *Hechos relevantes.*

Los hechos relevantes en relación con las cuestiones que se van a debatir, según constan en las actuaciones, son los siguientes:

1. La recurrente es un fondo calificado como organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios (OIC) organismos que están regulados por el Texto Refundido de la Ley 10/2008, de 12 de junio, de la regulación de los organismos de inversión colectiva de derecho andorrano (en adelante Ley 10/2008) por tanto, es una OICVM o UCITS según sus siglas en inglés (*Undertakings for Collective Investment in Transferable Securities*). El fondo es residente en Andorra; por tanto, no está armonizado ni se encuentra incluido 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 (los establecidos en la Unión Europea y autorizados con un marco legal armonizado, que pueden ser comercializados en cualquier país de la Unión Europea). En el ejercicio 2014 invirtió en el capital de diversas sociedades cotizadas españolas, obteniendo dividendos sujetos al IRNR, como rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente.

Los dividendos de sociedades cotizadas españolas percibidos por el fondo recurrente en dicho ejercicio quedaron sometidos a un tipo de retención del 21%, en aplicación del artículo 25.1.f) del Texto Refundido de la ley IRNR.

Síguenos en...



2. La actora solicitó la rectificación de las autoliquidaciones presentadas por el IRNR, 2014, de las rentas obtenidas por no residentes sin establecimiento permanente, por los dividendos en España de las acciones de determinadas entidades, solicitando igualmente, al amparo de los artículos 120.3 LGT y 14.1.b) y 14.3 del Real Decreto 520/2005, de 27 de mayo, la devolución de las retenciones indebidamente soportadas, por importe total de 51.242,15 euros.

3. La Administración tributaria inició procedimientos de comprobación limitada a fin de comprobar los requisitos para obtener la devolución solicitada. El 19 de marzo de 2018 dictó 5 acuerdos de liquidación, correspondientes a cada solicitud, que desestimó porque no se había probado la comparabilidad con las instituciones de inversión colectiva (IIC) españolas.

4. Contra las citadas resoluciones, el fondo de inversión interpuso sendas reclamaciones, acumuladas ante el TEAR de Madrid.

El 27 de octubre de 2020, el TEAR desestimó tales reclamaciones, por apreciar que no se demostró estar en situación de igualdad con las IIC españolas, al no acreditar su supervisión por un organismo andorrano equivalente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de España, ni los requisitos de objeto de las inversiones, diversificación de riesgos, mínimo de 100 participantes y capital social mínimo de 3 millones de euros.

5. La entidad recurrente interpuso contra la mencionada resolución el recurso núm. 254/2021 ante la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

### **TERCERO.** - La sentencia de instancia

La Sala de instancia dictó sentencia el 13 de marzo de 2023, por la que desestimó el recurso. Esta sentencia refiere (fundamento de derecho cuarto) la doctrina del Tribunal Supremo sobre la comparabilidad de la situación de los solicitantes con la situación de una institución de la misma naturaleza residente en España, pero en aplicación de la versión del art. 14.1.l) LIRNR anterior a la reforma de la Ley 2/2011, de 4 de marzo. Según esa doctrina se admitía que: «[...] basta un principio de prueba por parte de las entidades para obtener el beneficio fiscal, determinando que eran las autoridades españolas las que, en caso de duda, y al existir un mecanismo para el intercambio de información entre España y, en tales casos, EEUU, debían de recabar la información necesaria a las autoridades de EEUU para poder comprobar la equivalencia o similitud de condiciones entre las IIC españolas y las de EEUU. Por ello, el Alto Tribunal consideró suficiente la prueba aportada por la entidad actora para acreditar esa equivalencia de condiciones y, al no haber recabado las autoridades españolas la información necesaria, estimaba la pretensión de la recurrente.

Desde el momento de entrada en vigor de la reforma -y así sucede en el caso de autos, referido al ejercicio 2014- hay que tener en cuenta la normativa vigente.»

La sentencia recurrida (fundamento de derecho quinto) sienta: «[ L]o primero a destacar es que la exigencia recurrida en la norma reglamentaria -aportación del 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- no se cumple. Ninguna explicación ofrece el Fondo recurrente al respecto, cuando se trata de un presupuesto contenido en la norma y que las sentencias del Tribunal Supremo transcritas, y a las que se refiere el recurrente en sus escritos, también mencionan.

Pretende corregir el déficit aportando, una vez concluso el pleito, un certificado emitido por la Autoridad Financiera Andorrana. Este documento no puede ser admitido, pues no puede incardinarse en ninguno de los supuestos previstos en los art. 286 LEC -al que se remite el recurrente- ni los artículos 270 y 271 LEC.

[...] En cualquier caso, su contenido estaría lejos de ser el necesario para acreditar tales extremos, pues el certificado se refiere a la sociedad gestora de los Fondos, no a los Fondos mismos, limitándose a decir que éstos están inscritos en el Registro de la AFA, pero sin concretar si los mismos cumplen los requisitos de la Directiva 2009/65/CE, tal y como es preceptivo».

### **CUARTO.- Tramitación del recurso de casación**

**1.- Preparación.**La procuradora de los tribunales, doña Milagros Duret Argüello, en representación de la mercantil Mora Europe Equity Fund FI, presentó escrito el 8 de mayo de 2023 preparando recurso de casación contra la sentencia dictada.

Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidos: los arts. 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), el artículo 105 de la Ley

58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y el artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 12 de mayo de 2023.

**2.- Admisión.**La sección de admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo admitió el recurso de casación por medio de auto de 7 de febrero de 2024, en el que aprecia la presencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, enunciada en estos literales términos:

[...] «**1.1.** Determinar si el análisis de comparabilidad entre los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios [«OICVM»] no armonizados no residentes 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 organismos de inversión colectiva, conforme a la Directiva 2009/65/CE , o conforme a la legislación aplicable a este tipo de organismos de inversión colectiva en el Estado de residencia (o Estado de origen).

**1.2.** Precisar qué parámetros deben tenerse en consideración a efectos del análisis de comparabilidad entre OICVM no armonizados no residentes y las IIC residentes en España, en particular, si debe tenerse en cuenta el objeto de las inversiones, la diversificación del riesgo, su forma contractual, carácter abierto, existencia de una entidad gestora sometida a una normativa prudencial, control por una entidad supervisora, obligaciones de información periódicas hacia los inversores.

**1.3.** Aclarar a quién corresponde la carga de la prueba de que se cumplen los requisitos de comparabilidad, y, en particular, si la autoridad administrativa española, cuando dude motivadamente del satisfactorio grado de acreditación, debe utilizar activamente las facultades de obtención de información de que disponga en virtud del CDI o instrumento convencional análogo suscrito con el país de origen o residencia del fondo no residente.

**1.4.** Dilucidar si el análisis de la suficiencia de los mecanismos existentes para obtener información sobre los fondos de inversión residentes en Andorra debe buscar la identidad con los que España tiene con otros Estados miembros de la Unión Europea o la mera equiparación y la efectividad de los mismos para el fin pretendido, decidiendo, en consecuencia, si la cláusula para el intercambio de información en materia fiscal, prevista en el artículo 5 del Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra, podía ser suficiente.

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

**3.1.** Los artículos 63, 64 y 65 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

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

**3.3.** 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 .».

El auto advierte, además, que, si bien se han aplicado normas en la sentencia recurrida sobre las que no existe jurisprudencia, las cuestiones que son objeto de interés casacional en este asunto no resultan totalmente nuevas, ya que algunas sí han sido objeto de estudio en otros recursos traídos a este Tribunal.

**3.- Interposición.**La representación procesal de la mercantil Mora Europe Equity Fund FI, interpuso recurso de casación mediante escrito de 21 de marzo de 2024.

Concluye el escrito de interposición solicitando de esta Sala que: «case y anule la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de marzo de 2023 aquí recurrida y declare la procedencia de la devolución del exceso de las retenciones soportadas por MORA EUROPE EQUITY FUND por importe de 151.242,15 euros, indicando que las mismas constituyeron ingresos indebidos y, en consecuencia, acuerde su devolución junto con los intereses de demora devengados desde la fecha de la práctica de dichas retenciones hasta que se ordene su efectiva devolución».

**4.- Oposición al recurso interpuesto.**El abogado del Estado, en la representación que ostenta de la Administración General del Estado, emplazada como parte recurrida en este recurso de casación, presentó escrito, el 15 de mayo de 2024, oponiéndose al presente recurso, en el cual, tras la pertinente argumentación, manifiesta que: «la sentencia recurrida es ajustada a derecho, y solicitamos su confirmación, con desestimación del recurso interpuesto de contrario».

**5.- Votación, fallo y deliberación del recurso.**De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, y considerando innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, mediante providencia de fecha 17 de mayo de 2024, quedó el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo.

Por providencia de fecha 4 de diciembre de 2024 se designó como magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 4 de marzo de 2025, fecha en que comenzó la deliberación del recurso.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Objeto del presente recurso de casación.

El objeto de este recurso de casación consiste en determinar si el análisis de comparabilidad entre los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios -OICVM- no armonizados, no residentes en la Unión Europea, 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 organismos de inversión colectiva, conforme a la Directiva 2009/65/CE, o según la legislación aplicable a este tipo de organismos de inversión colectiva en el Estado de residencia (o Estado de origen).

Asimismo se nos pide precisar qué parámetros deben tenerse en consideración a efectos del análisis de comparabilidad entre OICVM no armonizados no residentes y las IIC residentes en España, en particular, si debe tenerse en cuenta el objeto de las inversiones, la diversificación del riesgo, su forma contractual, carácter abierto, existencia de una entidad gestora sometida a una normativa prudencial, control por una entidad supervisora, obligaciones de información periódicas hacia los inversores.

También se nos solicita aclarar a quién corresponde la carga de la prueba de que se cumplen los requisitos de comparabilidad y, en particular, si la autoridad administrativa española, cuando dude motivadamente del satisfactorio grado de acreditación, debe utilizar activamente las facultades de obtención de información de que disponga en virtud del Convenio de doble imposición -CDI- o instrumento convencional análogo suscrito con el país de origen o residencia del fondo no residente.

Finalmente, dilucidar si el análisis de la suficiencia de los mecanismos existentes para obtener información sobre los fondos de inversión residentes en Andorra debe buscar la identidad con los que España tiene con otros Estados miembros de la Unión Europea o la mera equiparación y la efectividad de los mismos para el fin pretendido, decidiendo, en consecuencia, si la cláusula para el intercambio de información en materia fiscal, prevista en el artículo 5 del Acuerdo entre el Reino de España y el Principado de Andorra, podía ser suficiente a esos efectos.

### SEGUNDO.- Criterio interpretativo de la Sala. Remisión a la doctrina jurisprudencial establecida en la *sentencia núm. 280/2025, de 18 de marzo (recurso de casación 3803/2023)*.

Este recurso de casación plantea las mismas cuestiones de interés casacional ya resueltas en la reciente sentencia de esta Sala y Sección del Tribunal Supremo, núm. 280/2025, de 18 de marzo (recurso de casación 3803/2023, deliberada en la misma fecha) reiteradas en las sentencias de 24 de marzo, 322/2025, del recurso de casación 3800/2023 y 323/2025, del recurso 3813/2023.

Dada esa sustancial igualdad con el citado recurso, la seguridad jurídica aconseja, incluso impone, la remisión *in tota* lo allí declarado.

Se ha dicho, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia 280/2025, de 18 de marzo (recurso de casación 3803/2023, que a su vez se remite a la jurisprudencia establecida en la sentencia de esta Sala, de 5 de abril de 2023 -rec. 7260/2021- y a las datadas el 11 de abril de 2023, recursos 7127/2021 y 8220/2021; 25 de abril de 2023, rec. 8494/2021, lo siguiente:

«1.La clave para la decisión de este recurso de casación, cuyo dilema esencial reside en determinar si la sentencia impugnada, que sigue en todo su razonamiento denegatorio la postura de la Administración tributaria española, ha vulnerado el principio de libertad de circulación de capitales causada por la diferencia de trato recibida por fondos de inversión residenciados en Andorra, de un modo semejante al de los asuntos que fueron resueltos en las reseñadas sentencias en relación con fondos residentes en Francia o Alemania, pero no incluidos o armonizados en el ámbito de la Directiva 2009/65/CE.

En cualquier caso, el dato relativo al Estado de residencia de cada fondo, y en particular, del ahora recurrente, es indiferente a los efectos de nuestro asunto, pues la libertad de circulación de capitales del art. 63 TFUE protege a los fondos residentes en países no miembros y obliga, en consecuencia, a los Estados miembros.

Hemos de comenzar por afirmar que preguntas del auto de admisión son equivalentes, por su sustancial identidad, a las que fueron respondidas en aquellas sentencias, estimatorias todas ellas.

Síguenos en...

Al efecto, acogemos como modelo inspirador el que ya lo fue de esa serie de recursos de casación fallados a partir de la citada sentencia de 5 de abril de 2023, recurso nº 7260/2021, que establece la siguiente doctrina con valor de jurisprudencia:

*"[...] 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*

Síguenos en...

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".

2. La sentencia de instancia, por unos días, no pudo tener en cuenta la doctrina establecida, con carácter general, en esa jurisprudencia nuestra, pero examinada a la vista de ésta, se centra en la falta de acreditación de datos o requisitos que, a su juicio, serían los demostrativos de la homogeneidad o comparabilidad entre los fondos españoles y los -aquí- residentes en Andorra. En este punto, la sentencia dice:

"[...] En desarrollo de esa previsión normativa -la del art. 14.1.i) LIRNR-, se aprueba 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, que deben utilizarse para declarar las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente, la retención practicada en la adquisición de bienes inmuebles a no residentes sin establecimiento permanente y el gravamen especial sobre bienes inmuebles de entidades no residentes, y se establecen las condiciones generales y el procedimiento para su presentación y otras normas referentes a la tributación de no residentes.

En su artículo 7, bajo el título de «Documentación que debe adjuntarse a las autoliquidaciones del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, por las rentas obtenidas en España sin mediación de establecimiento permanente, modelo 210», dispone:

«1. Cuando se practique la autoliquidación aplicando las exenciones de la normativa interna española, por razón de la residencia del contribuyente, se adjuntará un certificado de residencia, expedido por las autoridades fiscales del país de residencia, que justifique esos derechos.

(...) [No obstante], cuando se apliquen las exenciones previstas en el artículo 14.1.k) y 14.1.l) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2004, de 5 de marzo, los fondos de pensiones o instituciones de inversión colectiva sometidos a un régimen específico de supervisión o registro administrativo, justificarán el derecho a la exención, en lugar de con el certificado de residencia, de la siguiente forma: (...)

b) En el caso de la exención del artículo 14.1.l), 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...».

La Orden es aplicable plenamente a partir del año 2011, como señala su disposición final única. QUINTO.- Juicio de comparabilidad. Prueba aportada por la parte.

La parte recurrente aporta la siguiente documentación:

- Certificado de residencia.
- Copia del prospecto del Fondo.
- Listado de OICs andorranos inscritos en el registro del INAF regulados por la Ley 10/2008.
- Certificado de retenciones expedido por la entidad depositaria española.
- Ley del Impuesto Sobre Sociedades de Andorra.
- Ley reguladora de los Organismos de Inversión Colectiva de Andorra.
- Reglamento del Fondo.
- Copia de las Cuentas Anuales Auditadas correspondientes al ejercicio 2014.
- Declaración del Impuesto sobre Sociedades del Fondo, ejercicio 2013.
- Certificado acreditativo de las características del Fondo, emitido por el representante del Fondo.
- Acuerdo de Intercambio de Información entre España y Andorra.

Posteriormente, una vez concluida la tramitación del procedimiento, la entidad recurrente aporta certificado emitido por la Autoridad Financiera Andorrana, justificando su aportación en este momento en el art. 286.1 LEC, como ampliación de hechos a la vista de la providencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2022 inadmitiendo un recurso de casación.

Expuesto lo anterior, lo primero a destacar es que la exigencia recogida en la norma reglamentaria -aportación del certificado emitido por la autoridad competente del Estado miembro

Síguenos en...

de origen de la institución en el que se manifieste que dicha institución cumple las condiciones establecidas en la Directiva 2009/65/CE - no se cumple. Ninguna explicación ofrece el Fondo recurrente al respecto, cuando se trata de un presupuesto contenido en la norma y que las sentencias del Tribunal Supremo transcritas, y a las que se refiere el recurrente en sus escritos, también mencionan.

Pretende corregir el déficit aportando, una vez concluso el pleito, un certificado emitido por la Autoridad Financiera Andorrana. Este documento no puede ser admitido, pues no puede incardinarse en ninguno de los supuestos previstos en los art. 286 LEC -al que se remite el recurrente- ni los artículos 270 y 271 LEC .

El recurrente considera que es posible su aportación en este momento pues su necesidad deriva de un pronunciamiento del Tribunal Supremo inadmitiendo un recurso de casación contra sentencia del TSJ del País Vasco en el que se destacaba la ausencia del certificado.

La Sala no comparte la alegación del recurrente. Esta resolución no puede ser calificada como hecho a los efectos de su incorporación, pues la obligatoria presentación de este certificado no deriva de la providencia del Tribunal Supremo sino de la normativa aplicable. Por ello, no puede alegar desconocimiento, ni tampoco acredita la imposibilidad de obtenerlo o presentarlo al tiempo de interponer la demanda. La LEC permite la presentación extemporánea de documentos o la alegación de hechos nuevos ( arts. 270 y 286 LEC ), pero esta posibilidad queda limitada a los supuestos concretos que en estos artículos se mencionan que, como ya se ha dicho, no se aprecian en el presente caso.

En cualquier caso, su contenido estaría lejos de ser el necesario para acreditar tales extremos, pues el certificado se refiere a la sociedad gestora de los Fondos, no a los Fondos mismos, limitándose a decir que éstos están inscritos en el Registro de la AFA, pero sin concretar si los mismos cumplen los requisitos de la Directiva 2009/65/CE , tal y como es preceptivo.

En cuanto a los demás documentos aportados, de éstos tampoco es posible deducir el cumplimiento de lo exigido por la norma reglamentaria, y es que el Fondo cumpla las condiciones establecidas en la Directiva.

Así, el prospecto del Fondo (anexo II) informa que el Fondo tiene tres tipos de participaciones, Clase A, B y G: las dos primeras abiertas a todos los inversores en general pero la tercera exclusiva para los partícipes que inviertan bajo un mandato de gestión del depositario o de la sociedad gestora. No se especifica por la entidad recurrente qué tipo de Fondo es ante el que nos encontramos y, por tanto, si queda incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/65/CE, cuyo artículo 3 excluye expresamente ciertos organismos, entre ellos, los de tipo cerrado.

El certificado aportado como anexo XII informa que el Fondo es un vehículo de inversión que permite la entrada al público en general, que los partícipes puedan obtener el reembolso de sus participaciones, que está regulado por la Ley 10/2008 de Andorra, que actúa bajo la supervisión del Instituto Nacional de Finanzas Andorrano; pero es un certificado emitido por el propio representante del Fondo.

En definitiva, no se aporta un principio de prueba que justifique el cumplimiento de los requisitos exigidos, que es lo que precisamente pretende garantizar la certificación prevista en la Orden EHA/3316/2010, a emitir por la autoridad supervisora competente.

En el mismo sentido ha resuelto esta Sala y Sección 5ª en asuntos similares (sentencias de 6 de julio de 2020, recurso 92/2019 , 16 de junio de 2022, recurso 360/2020 , 16 de febrero de 2022, recurso 149/2020 , 12 de enero de 2022 , recurso 21 de julio de 2021, recurso 1556/2019 , y otras muchas).

El Tribunal Supremo ha admitido a trámite el recurso de casación interpuesto (varios autos de 15 de junio de 2022) planteando las siguientes cuestiones de interés casacional:

«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».

*Razones de unidad de doctrina y seguridad jurídica imponen resolver en la misma línea marcada por las sentencias anteriores".*

3. La sentencia, dicho con todo respeto hacia la Sala juzgadora, es bastante lacónica en la motivación conducente al fallo, porque reduce la razón desestimatoria a un mero problema de falta de prueba. Sobre este punto, casi exclusivo en la tesis de la sentencia, cabría analizar ciertos aspectos que juzgamos de importancia:

a) La dudosa idoneidad de una norma reglamentaria de escaso rango (una orden aprobatoria los modelos de autoliquidación 210, 211 y 213 del Impuesto sobre la Renta de no Residentes), para regular el régimen de la prueba -incluso procesal- que se requiere para acreditar la comparabilidad de situaciones. Procediendo esta norma del propio Ministerio en que se enclava la Administración actuante, puede ser tildada de autonorma administrativa, enclavada en el ámbito de la autoorganización o de la gestión interna. En otras palabras, no puede tomarse como una regla limitadora o de acotación *contra legem* de los medios de prueba necesarios para acreditar un hecho de relevancia procesal o de asignación de la carga de la prueba.

b) La paradoja que supone aplicar la orden en cuestión en tanto exige una certificación fiscal expedida por la autoridad de un Estado miembro a quien, en este caso, no es miembro de la UE, pero cuyo contenido y finalidad es advenir que el fondo no residente cumple las condiciones establecidas en la Directiva, que no parece esté en sus manos valorar y, menos aún, certificar.

Así, el artículo 7 de la orden señala:

*"b) En el caso de la exención del artículo 14.1.I), adjuntarán -los fondos de pensiones o instituciones de inversión colectiva sometidos a un régimen específico de supervisión o registro administrativo- 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".*

c) Por otra parte, la sustancial cuestión de la carga de la prueba también ha sido objeto de amplio comentario en nuestras sentencias dictadas en abril de 2023, reseñadas en la rúbrica de este fundamento, en el sentido de que, a partir del esfuerzo probatorio realizado por la recurrente, que no es desdeñable, la Administración, si no está conforme con la documentación aportada, en su valor probatorio, tendría que acudir al Acuerdo de Intercambio de Información entre España y Andorra, que, por cierto, fue acompañado en vano por la recurrente, como reconoce la sentencia.

d) En cuanto a los requisitos sustantivos de la comparabilidad, hay que seguir, por ser aplicable, la doctrina establecida en la STS de 5 de abril de 2023 y sus concordantes (Vid. F.J. 16º de esa sentencia). Luego volveremos sobre ello.

e) En síntesis, consideramos que es trasladable *in toto* presente asunto la jurisprudencia que esta Sección Segunda de la Sala Tercera estableció en las repetidamente citadas sentencias. A este respecto, lo primero que hemos de decir es que el esquema definido en ellas no se ve modificado por el hecho de que el fondo de inversión que acciona en el presente recurso sea residente en un Estado no miembro de la Unión Europea, en este caso, Andorra. En todas estas situaciones, se trata de determinar si el tratamiento que la ley española dispensa a estos fondos, mucho más gravoso que el que reciben los fondos residentes, incurre en infracción del principio medular establecido en el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento -TFUE- que reza lo que a continuación transcribimos:

*" Artículo 63 (antiguo artículo 56 TCE ).*

*1. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.*

2. En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países»».

Dicho todo eso, la sentencia 280/2025, de 18 de marzo (recurso de casación 3803/2023, en su fundamento de derecho cuarto, resumen la jurisprudencia ya asentada sobre la discriminación por infracción del Derecho de la Unión Europea en cuanto a la libre circulación de capitales, en estos términos:

«A) Tratamiento tributario de las Instituciones de inversión colectiva residentes en España y de las no residentes.

Siguiendo la estela de nuestra sentencia de 5 de abril de 2023, rec. 7260/2021, la primera cuestión que hemos de esclarecer es si la ley española, aplicada en la actuación administrativa impugnada, dispensa a los OICVM un diferente tratamiento fiscal, más beneficioso porque su residencia sea en territorio español, respecto al que concede a no residentes y no armonizados, cuando se encuentren unos y otros en situaciones objetivamente comparables.

En caso de que se concluyera que existe un diferente y más beneficioso trato 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, con relación al art. 63 TFUE, o está ausente tal dispensa.

En efecto, de una jurisprudencia reiterada del 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, *Pensioenfonds Metaal en Techniek*, C-252/14, apartado 27 y jurisprudencia citada, de 30 de enero de 2020, *Köln-Aktienfonds Deka*, C-156/17, apartado 49 y jurisprudencia citada y de 17 de marzo de 2022).

Aunque la casuística en la tipología de las Instituciones de Inversión Colectiva puede ser muy diversa, cabe reducir metodológicamente el examen del régimen tributario de las IIC a lo que es relevante en el presente litigio, que versa sobre una eventual discriminación en la tributación de una IIC (organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios) no armonizada y no residente en España. Por tanto, es de examinar cómo afecta al régimen de tributación de las IIC por los rendimientos y dividendos percibidos en España según dos elementos de distinción: si las IIC residen o no en España y si están o no armonizadas en el sentido de la Directiva 2009/65/CE.

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

El régimen de tributación de las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) residentes en España (tanto si son fondos de inversión como sociedades de inversión) se regula en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, de 5 de marzo de 2004, aplicable *ratione temporis* los ejercicios a que se refiere la retención (2013 y 2014), que establece un régimen especial para las entidades incluidas en el ámbito de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

Su designio es el de impulsar la inversión colectiva, tanto para facilitar 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.

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

a) Están sujetas al Impuesto sobre Sociedades -IS-, puesto que se trata de sujetos pasivos residentes en territorio español ( art. 7.1 TRLIS), lo que incluye a los fondos de inversión regulados en la Ley 35/2003 y residentes en España.

b) La obtención de rentas -entre otras los dividendos- por tales instituciones está sujeta al tipo de retención del artículo 140.6.a) TRLIS, que es del 19 por 100.

c) Según dispone el artículo 28.5.b) del TRLIS, tributan al tipo del 1%, de modo que las IIC españolas pueden obtener la devolución de la mayor parte de las retenciones soportadas inicialmente, al calcular su cuota íntegra con aplicación del tipo de gravamen del 1%, y reembolsarse así las retenciones soportadas.

d) Es una devolución de oficio, esto es, de una retención debida, prevista en el artículo 31 de la LGT, que tan solo devengará interés en favor del contribuyente si la Administración se demora más de 6 meses en efectuar la devolución (31.2 LGT).

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

Síguenos en...

"5. Tributarán al tipo del 1 por 100:

...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".

Además, el régimen tributario especial dedicado a las Instituciones de Inversión Colectiva se encuentra en los artículos 57 y 58 TRLIS:

"Artículo 57. *Tributación de las instituciones de inversión colectiva*

1. *Las instituciones de inversión colectiva reguladas en la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva con excepción de las sometidas al tipo general de gravamen, no tendrán derecho a deducción alguna de la cuota ni a la exención de rentas en la base imponible para evitar la doble imposición internacional.*

2. *Cuando el importe de los pagos fraccionados, retenciones e ingresos a cuenta practicados sobre los ingresos supere la cuantía de la cuota íntegra, la Administración tributaria procederá a devolver, de oficio, el exceso".*

"Artículo 58. *Tributación de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva.*

1. *Lo dispuesto en este artículo será de aplicación a los socios o partícipes sujetos a este impuesto o al Impuesto sobre la Renta de no Residentes que obtengan sus rentas mediante establecimiento permanente en territorio español, de las instituciones de inversión colectiva a que se refiere el artículo anterior.*

2. *Los sujetos pasivos a los que se refiere el apartado anterior integrarán en la base imponible los siguientes conceptos:*

a) *La renta, positiva o negativa, obtenida como consecuencia de la transmisión de las acciones o participaciones o del reembolso de estas últimas.*

b) *Los beneficios distribuidos por la institución de inversión colectiva. Estos beneficios no darán derecho a deducción por doble imposición".*

Este muy privilegiado esquema de tributación, conducente a su práctica ausencia cuando las rentas aún están en sede de la IIC, se completa con la efectiva tributación por sus partícipes o socios, diferida al momento en que perciban esas rentas, en que se integran en su base imponible, sin deducción por doble imposición, como se recoge en los artículos 58 del TRLIS para los partícipes personas jurídicas; y artículo 94 de la ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF, para las personas físicas. Sin embargo, como se dijo en la STS de 5 de abril de 2023, rec. 7260/2021, 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.

Así pues, la norma impone como única condición para aplicar el tipo del 1 por ciento que la entidad cumpla los requisitos para adquirir y mantener tal condición estatuidos en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, y su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1309/2005.

Sobre el número de partícipes, el TR no fija directamente un mínimo, sino que se remite a lo que indican los artículos 5.4 de la Ley 35/2003, de IIC, que señala "5.4. *Número de partícipes en un fondo de inversión no podrá ser inferior a 100 (...)*".

No obstante, cabe que por reglamento se disponga un umbral distinto, según 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, podrán fijarse requisitos adicionales de distribución del patrimonio entre partícipes o accionistas.

Además, se prevé la tenencia de un patrimonio o capital social mínimo, requisito imprescindible de acceso y permanencia. Según el artículo 76 del Reglamento 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 80, un *capital mínimo desembolsado de las SICAV de 2.400.000 euros*.

Las IIC deben tener carácter abierto, permitiendo el acceso a cualquier inversor, pues, 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.

C) 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 sustancialmente diferente:

1.- Régimen general: es aplicable el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, que aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRLIRNR), que hasta la modificación operada por la Ley 2/2010, no regula especialidad alguna para los rendimientos

Síguenos en...

obtenidos por ellas. Según el 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, respetando, 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, exención que no resulta aplicable a las IIC no residentes no armonizadas.

En efecto, la Ley 2/2010 introduce, para los períodos iniciados desde el 1 de enero de 2010, un apartado l) al artículo 14.1 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".

El único medio admisible 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 citada, 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.

La obtención de dividendos por dichas instituciones está sujeta al tipo de retención general, el mismo previsto para las entidades residentes en España. Esta retención 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".*

#### D. Organismos de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios

Como hemos mencionado anteriormente, MORA HERITAGE FUND es un Fondo de inversión calificado como "Organismo de Inversión Colectiva en Valores Mobiliarios", constituido en Andorra y regulado por la Ley 10/2008, de 12 de junio de regulación de los organismos de inversión colectiva de derecho andorrano. Dicho fondo de inversión se encuentra domiciliado en Andorra la Vella.

En el artículo 2 de la citada ley se señala que la gestión de una IIC se ha de llevar a cabo por una sociedad gestora legalmente autorizada que ejerza las facultades de dominio sin ser propietaria de la IIC, con el concurso de un depositario.

Asimismo, se requiere un patrimonio no inferior a 1.250.000 euros y además, la liquidez inmediata, de modo que las IIC han de recomprar o reembolsar sus acciones o participaciones a petición de los titulares. En cuanto a la constitución, las IIC de derecho andorrano se constituyen, una vez obtenida la preceptiva autorización previa, con una o varias aportaciones iniciales por parte de la sociedad gestora, la sociedad de inversión o de la entidad depositaria, formalizadas en documento público otorgado por la sociedad gestora, la sociedad de inversión y el depositario. En el ordenamiento español, la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva define estas IIC como "aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos".

Los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios pueden adoptar la forma de fondos de inversión o de sociedades de inversión. En el presente supuesto, nos centraremos en los

Síguenos en...



fondos de inversión. La ley anterior se desarrollada por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre posteriormente sustituido por el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio.

El tratamiento tributario de los OICVM residentes en España es igual al previsto en el TRLIS para los fondos armonizados, esto es, de conformidad con el artículo 28.5.b) 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 [...]*".

Según la sentencia que seguimos en su doctrina, la primera condición descrita 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 acogidos en España a las condiciones de constitución y funcionamiento establecidas en dicha ley.

En resumen, las OICVM residentes en España están sometidas a un tipo de gravamen del 1%, y aunque soportan una retención, obtendrán la devolución de la mayor parte de las soportadas a través de la presentación de su autoliquidación anual del Impuesto sobre Sociedades, al calcular su cuota íntegra con aplicación del tipo del 1% y descontar de ella las retenciones soportadas.

La aplicación del tipo reducido del 1% no requiere a los OICVM residentes en España presentar certificación acreditativa de su compatibilidad con la Directiva 2009/65/CE. Dicho certificado se exige en relación con los Estados miembros.

Pues bien, siguiendo la STS de 5 de abril de 2023, rec. 7260/2021 y avanzando en el razonamiento, debemos dilucidar si constituye un trato discriminatorio, atentatorio al principio de libre circulación de capitales, el hecho de someter a gravamen del tipo del 15% a los dividendos y rentas percibidos por IIC no armonizadas no residentes en España sin establecimiento permanente, frente al tipo del 1%, al que se gravan las mismas rentas, cuando son percibidas por ICC residentes. El tipo de retención se redujo al 15% como consecuencia de la aplicación de lo previsto en el Convenio de doble imposición entre el Reino de España y Andorra que es de 2015.

Esto es, la práctica de esta retención en la fuente constituye el tipo definitivo, ya que no existe en la estructura del IRNR, para este tipo de contribuyentes, ni la posibilidad de autoliquidación, ni mecanismo alguno 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 TR tan solo prevé la posibilidad de devolución a los Fondos de inversión armonizados, pero solo 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 ya dijimos en la STS de 27 de marzo de 2019, con remisión a la 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 la adaptación no alcanzó a los fondos de terceros países, limitándose la declaración de exención, en los términos previstos en el art. 14.1.l) del TRLIRNR a las IIC reguladas por la Directiva 2009/65/CEE, conocidas como armonizadas.

Sin embargo, las IIC no armonizadas y no residentes, aunque por hipótesis cumplieran las condiciones 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 fueran condiciones esenciales para la comparabilidad- no pueden obtener, por la aplicación directa del TRLIRNR, la devolución de la diferencia de tributación que en una situación comparable habría soportado un ICC residente.

Esta diferencia de trato, que ya consideramos concurrente en el caso de los FIL armonizados antes de la citada reforma del TRLIRNR por la Ley 2/2010 citada, nos llevó a declarar la infracción del Derecho de la Unión Europea en la STS de 27 de marzo de 2019 "[...] *pues aun 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) [...]*".

Dicho lo anterior, el propio legislador nacional reconoció de modo abierto, al reformar el TRLIRNR por Ley 2/2010, como dijo la STS de 27 de marzo de 2019, que existía un trato discriminatorio por razón de residencia, en el caso de las IIC armonizadas no residentes; a tal reforma legislativa

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 causa de 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, la mencionada reforma legislativa dejó fuera de su alcance la situación de distinto tratamiento fiscal entre las ICC residentes en España y las ICC no residentes en España que aquí nos ocupa. Así las cosas, el debate jurídico que se plantea no radica tanto en la cuestión de si existe o no una infracción del derecho de la Unión Europea en el nivel normativo, en lo cual no hay margen de duda, e implícitamente se ha llegado a admitir; sino que 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 las ICC residentes.

E) La comparabilidad entre IIC residentes y no residentes.

Según la resolución del TEAR, no se ha acreditado en este caso que la recurrente cumpla los aspectos sustanciales para que las IIC españolas puedan aplicar el régimen especial de tributación, pues no se ha probado que el fondo esté sujeto a los requisitos de autorización y supervisión e información, que tenga más de 100 partícipes, la tenencia del patrimonio o capital social mínimo exigido...

Sobre este extremo, la sentencia impugnada en este recurso de casación corrobora la decisión administrativa, pues entiende que no se ha acreditado que la mercantil recurrente cumpla con los requisitos previstos en la Directiva 2009/65.

Sin embargo, de la doctrina reiterada del TJUE deriva que el carácter comparable entre una situación transfronteriza y una situación interna debe examinarse teniendo en cuenta el objetivo perseguido por la normativa nacional controvertida, así como el objeto y su contenido ( STJUE de 16 de diciembre de 2021, UBS Real Estate, C-478/19 y C-479/19, ap. 47 y jurisprudencia citada).

Además, solo deben tenerse en cuenta los criterios de distinción establecidos por la normativa en cuestión para apreciar si la diferencia de trato que resulta de ella refleja una diferencia de situaciones objetiva ( sentencia de 16 de diciembre de 2021, UBS Real Estate, C-478/19 y C-479/19, apartado 48 y jurisprudencia citada).

Pues bien, a propósito de la comparabilidad, esta Sección se ha pronunciado ampliamente en la tan repetida sentencia de 5 de abril de 2023, rec. 7260/2021 y lo ha hecho en unidad de criterio con el que puede observarse en 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. Así:

*"[...] 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 Pulgigenica 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 disfrutaban 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, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C252/14 , 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 "[...]ciertamente, 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».*

En coherencia con tales consideraciones, este Tribunal Supremo declaró lo que seguidamente se expresa:

"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)".

Pues bien, razones de seguridad jurídica y unidad de doctrina imponen la adopción de la misma solución en el presente caso que, por lo demás, no ha sido objeto de real controversia en el proceso, de modo que el análisis de comparabilidad entre las IIC residentes en terceros estados y las IIC residentes europeas armonizadas por la Directiva 2009/65/CE, para aplicar el artículo 63 TFUE, debe realizarse con fundamento en los elementos esenciales considerados por el legislador español para otorgar el trato fiscal más beneficioso a residentes, interpretados según las normas del Derecho de la Unión Europea, o sea, la Directiva 2009/65/CE UCITS.

Sobre los elementos relevantes para apreciar la situación de comparabilidad con los FIL residentes, la sentencia de 5 de abril de 2023 desarrolla su argumentación del modo siguiente:

"[...] 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.*

Para llegar a esta conclusión, la sentencia de 5 de abril de 2023, rec. 7260/2021 argumenta lo siguiente:

*"[...] 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.I), 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.*

Síguenos en...

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 esas 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

Síguenos en...

*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 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-480/1 , apartado 60, y sentencia de 17 de marzo de 2022, Asunto Allianz GIFonds , 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 C479/19 , 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".

A la vista de tal exposición, hay que recordar la STJUE de 5 de septiembre de 2024, C-639/22 a C-644/2022 X Stichting BPL, que, aun a propósito de la exención prevista en la Directiva IVA, efectúa una descripción idónea de la naturaleza de los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios que procede traer a colación:

"[...] 38 Al respecto, debe recordarse que, aunque el legislador de la Unión haya encomendado a los Estados miembros la tarea de definir el concepto de «fondo común de inversión», deben considerarse como tales los fondos que constituyen OICVM en el sentido de la Directiva OICVM (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2014, ATP PensionService, C464/12 , apartado 46 y jurisprudencia citada).

39 Tal y como se desprende del artículo 1, apartado 2, de esa Directiva, los OICVM son organismos cuyo objeto exclusivo es la inversión colectiva en valores mobiliarios de los capitales obtenidos del público, cuyo funcionamiento está sometido al principio de reparto de riesgos, y cuyas participaciones son, a petición de los tenedores, recompradas o reembolsadas, directa o indirectamente, con cargo a los activos de estos organismos ( sentencia de 9 de diciembre de 2015, Fiscale Eenheid X, C595/13 , EU:C:2015:801 , apartado 36 y jurisprudencia citada).

40 Concretamente, los OICVM son organismos en los que se reúnen muchas inversiones y estas se distribuyen entre una gama de valores mobiliarios que pueden ser gestionados de forma eficaz para conseguir los mejores resultados posibles, y en los que cada inversión individual puede ser relativamente modesta. Estos fondos gestionan sus inversiones en nombre propio y por cuenta propia, mientras que cada cliente inversor posee una participación en el fondo, pero no las inversiones de los propios fondos ( sentencia de 13 de marzo de 2014, ATP PensionService, C-464/12 , EU:C:2014:139 , apartado 50 y jurisprudencia citada).

Según reiterada jurisprudencia, también deben considerarse fondos comunes de **inversión** aquellos fondos que, sin ser organismos de **inversión colectiva** en el sentido de la Directiva OICVM, tengan características idénticas a estos y efectúen, por tanto, las mismas operaciones o, al menos, tengan rasgos tan similares a dichos organismos que compitan con ellos ( sentencia de 9 de diciembre de 2015, Fiscale Eenheid X, C-595/13 , apartado 37 y jurisprudencia citada).

42 *Procede recordar que el Tribunal de Justicia ha considerado que una de las características requeridas para que pueda considerarse que una entidad presenta rasgos comparables a un OICVM y es, por tanto, un fondo común de inversión que puede disfrutar de la exención del IVA prevista en el artículo 135, apartado 1, letra g), de la Directiva del IVA es que los partícipes tengan derecho a los beneficios o soporten el riesgo vinculado a la gestión del fondo. En otras palabras, se exige que los partícipes asuman el riesgo de inversión (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de marzo de 2013, *Wheels Common Investment Fund Trustees* y otros, C-424/11, EU:C:2013:144, apartado 27; de 13 de marzo de 2014, *ATP Pension Service*, C-464/12, EU:C:2014:139, apartado 59, y de 9 de diciembre de 2015, *Fiscale Eenheid X*, C-595/13, EU:C:2015:801, apartados 51 y 52)".*

Siguiendo con coherencia tal doctrina, los requisitos exigibles a los organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios serían los siguientes, a efectos de homogeneidad o comparabilidad:

a) Que se trate de entidades cuyo objeto exclusivo sea la inversión colectiva en valores mobiliarios o en otros activos financieros líquidos. De modo que no se cumple este primer requisito en el caso de que los activos se inviertan a través de sociedades filiales principalmente en bienes diferentes de los valores mobiliarios.

b) Que los capitales deban obtenerse del público, en el sentido expresado, esto es, debe acreditarse suficientemente la captación de recursos externos.

d) Debe tratarse de organismos de inversión colectiva de tipo abierto en el sentido de que sus participaciones sean a petición de los partícipes, recompradas o reembolsadas, directa o indirectamente, con cargo a los activos de estos organismos.

En ningún caso, podrán ser calificados como tales los organismos de inversión colectiva de tipo cerrado o los organismos de inversión colectiva que obtengan capitales sin promover la venta de sus participaciones entre el público.

e) Deben contar 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.

f) Deben acreditar que acrediten que están gestionados por una entidad, autorizada a su vez en su país de origen o residencia, para llevar a cabo dicha gestión.

E) Carga de la prueba de que se cumplen los requisitos de comparabilidad

A propósito de la fundamental cuestión sobre la carga de la prueba, la reiterada sentencia de 5 de abril de 2023, rec. 7260/2021 ya señaló que:

*"[...] 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".*

En el mismo sentido, cabe mencionar nuestra sentencia de 17 de diciembre de 2020, rec. 5081/2018, que admitió la suficiencia de los mecanismos de intercambio de información de los convenios, a cuya cuestión le dedica el fundamento cuarto.

Por tanto, nuevamente, podemos afirmar que no existe motivo para apartarse de esta doctrina, pues su contenido está en consonancia con la jurisprudencia del TJUE, pues la STJUE de 30 de enero de 2020, C-156/17 afirma expresamente:

*"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, 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). 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, C326/12, EU:C:2014:2269, apartado 52).

62. No obstante, a fin de que la obtención de una ventaja fiscal no le resulte a un contribuyente no residente imposible o excesivamente difícil, no cabe exigir a este 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de junio de 2011, Meilicke y otros, C-262/09, apartado 46). En efecto, como señaló el Abogado General en el punto 72 de sus conclusiones, no pueden imponerse cargas administrativas excesivas a los contribuyentes no residentes si con ello se les impide el disfrute efectivo de una ventaja fiscal".

Es más, en dicha sentencia del TJUE, se concluye que:

*"En consecuencia, a la vista de las razones expuestas, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 63 TFUE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa de un Estado miembro con arreglo a la cual se deniega a un fondo de inversión no residente, debido a que no aporta la prueba de que sus accionistas o sus partícipes satisfacen los requisitos fijados en dicha normativa, la devolución del impuesto sobre los dividendos que fue retenido sobre los dividendos percibidos de entidades establecidas en ese Estado miembro, siempre que esos requisitos no perjudiquen de hecho a los fondos de inversión no residentes y las autoridades fiscales exijan también a los fondos de inversión residentes la prueba del cumplimiento de dichos requisitos, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente".*

Por lo tanto, es esencial en este recurso dirimir cuál debe ser el papel de las previsiones entre Estados sobre las facultades de obtención de información de que se disponga en virtud de un convenio, y en particular si la autoridad administrativa española esta compelida a utilizar este mecanismo cuando dude motivadamente del contenido o efecto probatorio de la información que ya posee o de su suficiencia.

No obstante, la doctrina de la Sala ya ha resuelto este dilema, en el sentido de que la autoridad administrativa española, cuando dude motivadamente del satisfactorio grado de acreditación, deberá utilizar activamente las facultades de obtención de información de que disponga, lo que supone en nuestro caso tener en cuenta la aplicación de las disposiciones del Acuerdo de Intercambio de Información en materia fiscal con el Principado de Andorra, en vigor el 10 de febrero de 2011 y en particular la cláusula de intercambio de información prevista en el artículo 5.

A tal efecto, en la página web de la AEAT se puede leer:

*"(7) Con efectos desde 10-02-2011, fecha de entrada en vigor del acuerdo de intercambio de información en materia tributaria (BOE del 23-11-2010), el Principado de Andorra dejó de ser considerado paraíso fiscal. El 07-12-2015 se ha publicado en el BOE el Convenio entre el Reino de España y el Principado de Andorra para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y prevenir la evasión fiscal y su Protocolo, hecho «Ad Referéndum» en Andorra la Vella el 8 de enero de 2015, que entra en vigor el 26 de febrero de 2016)".*

Según el Acuerdo entre el Reino de España y el principado de Andorra para el intercambio de información fiscal, tiene por objeto la asistencia mediante el intercambio de información previsiblemente relevante para la administración y aplicación de la legislación interna de las Partes contratantes sobre los impuestos cubiertos en aquél, incluyendo información previsiblemente relevante para determinar, liquidar o recaudar dichos impuestos, el cobro y ejecución de reclamaciones tributarias, o la investigación o enjuiciamiento de casos en materia tributaria.

Dicho Acuerdo se aplica en España, entre otros, al Impuesto sobre Sociedades, Impuesto de la Renta o IRNR. En lo que aquí interesa, el artículo 5 incluye una cláusula para el intercambio de la información, previa solicitud.

A raíz de los amplios términos en los que está regulada la solicitud de información mutua y su carácter vinculante, debemos concluir que el acuerdo jurídico común de cooperación, que no es

sino un tratado o convenio internacional incorporado a nuestro ordenamiento interno, permite a las autoridades tributarias españolas comprobar la información facilitada por los fondos de inversión establecidos en Andorra y, en particular, los requisitos exigidos a los fondos de inversión relativos a la creación y ejercicio de actividades exigibles con el fin de que operen en un marco normativo equivalente a efectos de la devolución que se exigen en el marco del IRNR. Es cierto que al tiempo del devengo del IRNR no existía aún un convenio para evitar la doble imposición internacional con el Principado de Andorra, si bien ya se había concertado el acuerdo de intercambio de información en materia tributaria que vinculaba a ambos países para liquidar el impuesto pertinente.

Además, debemos recordar que Andorra no tiene ya la consideración de paraíso fiscal según el apartado 1 de la disposición adicional primera de la ley 36/2006.

F) Aplicación al caso en concreto.

Una vez analizada, en profundidad, la carga de la prueba y fijada la doctrina en los términos anteriores, hay que examinar si estamos en presencia de una discriminación por razón de residencia en demérito del fondo litigante en relación con sus homólogos residentes en España. Como ya hemos indicado, la recurrente es un fondo calificado como organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios que tiene su residencia en Andorra, por lo que no está armonizado ni se encuentra incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/65/CE.

La sentencia que analizamos basa su fallo en que no se ha aportado un principio de prueba mínimo que justifique que se cumplen los requisitos exigidos, por ausencia del certificado, al ser extemporáneo, sin haber probado que cumpla los requisitos legalmente requeridos, entre ellos que estemos ante un organismo abierto.

A tal efecto, hemos de recordar, además, que la sentencia analiza de un modo equivocado el carácter cerrado del fondo andorrano, al basarlo en las clases de participaciones, que no es el dato indicativo al respecto, dado que lo que caracteriza a los fondos abiertos, por oposición a los cerrados, ya se dijo más arriba:

*"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".*

De la prueba presentada en la instancia, y que no ha sido valorada con rigor y detalle por la Sala de instancia, resulta que el fondo ha acreditado a través del folleto que es un fondo de inversión clasificado como organismo de inversión colectiva en valores mobiliarios constituido según la legislación andorrana y que su sociedad gestora Mora Gestió Dctius SAU está autorizada para operar en el ámbito financiero según decreto número D/97/1527 de 12 de noviembre de 1997 e inscrita en los Registros del INAF con la referencia SGOIC-05/97.

La autoridad supervisora era el Instituto Nacional Andorrano de Finanzas como organismo regulador financiero en el momento en el que está emitido el folleto, en 2013. El Instituto Nacional Andorrano de Finanzas era la institución encargada de supervisar el sistema financiero andorrano, y entró a formar parte de la Organización Internacional de las Comisiones de Valores en 2013. Actualmente, ha sido sustituido por la Autoridad Financiera Andorrana, que asume también la supervisión de las entidades aseguradoras. Tal extremo se comenta porque en el escrito de oposición se parece dudar de la identidad de la citada Autoridad Financiera Andorrana. Asimismo, se ha acreditado, a raíz del folleto y del certificado, que el fondo constituye un patrimonio separado que capta el capital del público en general, sin restricciones subjetivas ajenas al grado de profesionalización o cualificación de conocimiento de los inversores o un límite mínimo de inversión.

Es cierto que el fondo recurrente cuenta con tres clases de participaciones, pero ello no es determinante, ya lo hemos dicho, de una pretendida condición de organismo cerrado, como supone la sentencia recurrida, pues el fondo está destinado a todo tipo de inversores, tal como se indica en esas tres clases A, B y G. Cuestión distinta es que el público en general al que está destinado tenga un mandato de gestión o depositario con la sociedad gestora para tener mejores condiciones económicas. Lo relevante es que la suscripción y reembolso de las participaciones se valora diariamente, para admitir su carácter abierto, y ello resulta de la información del folleto. Por otro lado, no es útil, proporcionado ni razonable exigir a la autoridad andorrana un certificado de que el fondo en cuestión cumple unos requisitos de observancia de la Directiva a los que, obviamente, no está sometido ni podría estarlo, máxime cuando los residentes están excluidos de la exigencia. Esto contradice directamente la jurisprudencia del TJUE en sentencias como la

16 de junio de 2022, X-572/20 ACC Silicones. Al efecto, ningún esfuerzo grande ni pequeño ha efectuado la autoridad fiscal española para aseverar que el fondo cumplía determinadas exigencias de las que se parecía dudar, valiéndose de los mecanismos de intercambio de información mutua previstos en el acuerdo bilateral, que es un convenio internacional que nos obliga y que no puede ser desdeñado mediante la actitud meramente pasiva de considerar que el principio de la carga de la prueba lleva consigo que quien reclama un trato igual al que se confiere a las IIC residentes en España tenga que demostrar ad nauseam requisitos que ni siquiera se sabe bien cuáles habrían de ser. En tal sentido, parece un exceso argumental la afirmación que contiene el escrito de oposición al recurso en su parte final, en la que indica que: *"...en la lógica y recto entendimiento de la doctrina jurisprudencial de constante alusión, se podría recurrir al Acuerdo en casos en los que en efecto el interesado hubiera aportado una prueba verdaderamente seria y rigurosa (no un conjunto ingente de documentación irrelevante) y la Administración alentara dudas concretas sobre alguna cuestión en particular, de la que dependiera la decisión correcta"*.

Tal posición en modo alguno se puede compartir. Esa desdeñosa calificación como *ingente e irrelevante* información de la aportada, sin más detalle, solo es comprensible como excusa dialéctica para desacreditar de plano la documentación presentada, pero sin tener que analizarla de forma precisa, con el propósito de justificar a posteriori por qué no acudió la Administración a un medio fácil y seguro de corroboración de ese ingente, pero no irrelevante, conjunto documental presentado.

En cualquier caso, esa actitud se opone a la jurisprudencia de esta Sala, que hemos repetido aquí, para definitivo conocimiento de la Administración fiscal española que, cabría decir con un alcance general -a la vista de nuestra muy reiterada doctrina y su no menos afanoso incumplimiento-, no cumple lo necesario que le incumbe, ni remotamente, para satisfacer las exigencias que como Estado miembro le imponen los tratados de la Unión y, dentro del TFUE, el máximo respeto a la libre circulación de capitales del art. 63, lo que debería traducirse en una actitud más activa de colaboración con los contribuyentes para disipar todo asomo de discriminación entre los residentes y los no residentes, en esta concreta materia».

Seguidamente, en su fundamento de derecho quinto, la sentencia 280/2025, de 18 de marzo (recurso de casación 3803/2023, declara:

«La citada sentencia de 5 de abril de 2023, recaída en el recurso de casación nº 7260/2021, instauró la siguiente doctrina con valor de jurisprudencia, que ahora reproducimos, con efecto de ratificación y refuerzo, ante la consideración de que sus conclusiones son plenamente aplicables al caso debatido:

*"[...] 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".

Se omite, por otra parte, toda referencia a la doctrina fijada en la expresada sentencia de 5 de abril de 2023 en relación con la posible neutralización de los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales producida en la legislación nacional y su remisión para ello a las previsiones de los Convenios de doble imposición, toda vez que no se trata de un aspecto del recurso de casación que haya sido abordado en la sentencia ni tratado por las partes en sus respectivos escritos retores, antes bien, ha quedado formalmente excluida en los razonamientos de las partes».

Dada la coincidencia de los razonamientos de esta Sala, expresados en la sentencia núm. 280/2025, de 18 de marzo (rec. 3803/2023, referida, de la que hemos extraído su fundamentación relevante al caso, con los procedentes en este concreto asunto, procede su íntegra aplicación al actual recurso de casación».

#### **TERCERO.- Respuesta a las pretensiones suscitadas en casación.**

La aplicación al caso de la doctrina referida nos lleva a la estimación del recurso de casación, por ser contraria a nuestra jurisprudencia la sentencia impugnada en casación, motivo por el cual debe ser casada y anulada, con estimación del recurso contencioso-administrativo.

#### **CUARTO.- Pronunciamiento sobre costas.**

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, al no apreciarse mala fe o temeridad en ninguna de las partes, no procede declaración de condena al pago de las costas causadas en este recurso de casación. Respecto de las generadas en la instancia, cada parte abonará las suyas y las comunes por mitad.

Síguenos en...



**FALLO**

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

**Primero.** Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia, por remisión al fundamento jurídico quinto de la sentencia núm. 280/2025, de 18 de marzo, pronunciada en el recurso de casación núm. 3803/2023.

**Segundo.** Haber lugar al recurso de casación 3801/2023, interpuesto por la procuradora doña Milagros Duret Argüello, en representación de la entidad mercantil Mora Iberian Equity Fund FI, contra la sentencia de 13 de marzo, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso núm. 254/2021, sobre impuesto sobre la renta de no residentes -IRNR- sin establecimiento permanente, del año 2014, sentencia que se casa y anula.

**Tercero.** Estimar el recurso contencioso-administrativo núm. 254/2021, deducido por la representación procesal de la entidad mercantil Mora Iberian Equity Fund FI, frente a la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, de 27 de octubre de 2020, dimanante de las solicitudes de devolución por el concepto del impuesto sobre la renta de no residentes sin establecimiento permanente, ejercicio 2014, actos todos ellos que se declaran nulos por ser disconformes con el ordenamiento jurídico, con devolución de las cantidades indebidamente ingresadas en concepto de retenciones practicadas en el IRNR de 2014, incrementada en los intereses legales correspondientes.

**Cuarto.** No hacer imposición de las costas procesales de esta casación, ni las causadas en la instancia.

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

Así se acuerda y firma

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

Síguenos en...

