

Fiscal

# El Tribunal Supremo se manifiesta de nuevo sobre la no discriminación fiscal de los fondos de inversión libres no residentes

El Tribunal Supremo profundiza en la aplicación de la prohibición de no discriminación fiscal derivada de la Unión Europea en relación con los fondos de inversión no residentes que puedan equipararse a los fondos residentes de acuerdo con los criterios de comparabilidad que también analiza el tribunal.

## IVÁN ESCRIBANO RUIZ

Abogado

Área de Fiscal

de Gómez-Acebo &amp; Pombo

## PILAR ÁLVAREZ BARBEITO

Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de La Coruña

Consejera académica de Gómez-Acebo &amp; Pombo

**E**l Tribunal Supremo, en su Sentencia de 5 de abril del 2023 (rec. núm. 7260/2021), analiza en casación, básicamente, si la normativa española otorga un diferente trato fiscal incompatible con la libertad de circulación de capitales —art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)— a los fondos de inversión libres (FIL o, en inglés, *hedge funds*) que no se hallen armonizados y residan fuera del territorio español y a las instituciones de inversión colectiva (IIC) residentes en España, concretando también cuáles deben ser los criterios sobre los que se fundamente el análisis de comparabilidad entre ambos.

En el caso analizado, la parte recurrente, un fondo de inversión colectiva alternativa o fondo de inversión libre que cuenta con un certificado de residencia fiscal en Francia a los efectos del Convenio de Doble Imposición suscrito entre España y Francia, solicitó en el 2016 la devolución parcial de la cantidad que le fue retenida a cuenta del impuesto sobre la renta de no residentes en el ejercicio del 2012 sobre los dividendos obtenidos por su inversión en acciones cotizadas españolas. Dicha solicitud, que fue desestimada por la Administración tributaria, se basaba en el entendimiento de que el porcentaje de retención que se aplicó en este caso —el 15 % por aplicación del citado convenio de doble imposición— constituye

una restricción a la libre circulación de capitales, suponiendo un trato desigual no justificado respecto a los fondos de inversión comparables residentes en España, ya que éstos tributan al 1 % en el impuesto sobre sociedades.

Para resolver esta cuestión, el tribunal analiza en primer lugar el régimen de tributación de las instituciones de inversión colectiva —tanto de las residentes en España como de las armonizadas no residentes— y de los fondos de inversión libre o *hedge funds* residentes y no residentes en nuestro país, llegando a las siguientes conclusiones:

- La legislación fiscal española somete a imposición la renta tanto de los fondos de inversión libres residentes como de los no residentes; en ambos casos lo hace por los dividendos que perciban de una sociedad residente. Pues bien, una vez constatado que se grava una misma manifestación de capacidad económica, el legislador español debe formular sus normas jurídicas sobre el régimen jurídico aplicable, en especial cuando afecta a las situaciones transfronterizas, de una manera inequívoca que permita a las personas interesadas conocer sus derechos y obligaciones de forma clara y precisa y a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar su cumplimiento.
- Partiendo de tales afirmaciones, el alto tribunal considera que España, al imponer a los fondos de inversión libres no residentes un tratamiento menos beneficioso que el que reserva a los fondos de inversión libres residentes, debería justificar que esta diferenciación no implica un tratamiento discriminatorio respecto a situaciones que sean objetivamente comparables. Esto, sin embargo, no sucede, ya que no existe regulación ni de las condiciones de comparabilidad para recibir el mismo tratamiento fiscal ni del correspondiente procedimiento de devolución

del exceso de gravamen soportado como retención en la fuente por aquellos fondos de inversión libres no residentes que estuvieran en situaciones comparables a los residentes que disfrutaran de un régimen de tributación más beneficioso. Por ello, el tribunal concluye que se está vulnerando el principio de libre circulación de capitales garantizado en el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

- No obstante, recuerda también el tribunal que las restricciones a la citada libertad de circulación podrían neutralizarse mediante convenios de doble imposición, lo que requeriría que el impuesto retenido en origen en aplicación de la normativa nacional pudiera deducirse del impuesto debido en el otro Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que dé lugar la normativa nacional. Sin embargo, en el caso analizado se ha acreditado que, conforme a la legislación francesa, los fondos de inversión no están sometidos al impuesto de sociedades. Por consiguiente, es inviable que puedan acceder a la deducción completa, en su imposición personal, y menos aún al reembolso de los impuestos extranjeros soportados en la fuente.

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo analiza, en segundo lugar, si el restablecimiento de la libertad vulnerada exigiría, en el concreto caso del fondo de inversión libre recurrente, dispensar el mismo tratamiento fiscal otorgado a los residentes comparables, así como las medidas para alcanzar tal efecto. Con esta intención, efectúa las siguientes consideraciones:

- El primer paso es determinar la naturaleza jurídica del organismo o entidad no residente que invoca tal vulneración con el fin de constatar si dicha entidad reviste una forma jurídica análoga o comparable a la de los

organismos o entidades residentes que disfrutan del tratamiento fiscal más beneficioso. Para ello, matiza el tribunal, no cabe aplicar miméticamente los requisitos que se exigen a las instituciones de inversión colectiva residentes, sino el objetivo de la normativa nacional, así como su objeto y contenido, ya que «comparabilidad no significa identidad»; hay que tener en cuenta en este sentido que nos hallamos ante una legislación que tan sólo se ocupa del régimen y características de los fondos de inversión libres residentes, por lo que deben excluirse todos aquellos elementos que sean propios y característicos exclusivamente de éstos.

- Por otra parte, y como elemento general de interpretación, el Tribunal Supremo recuerda que en el campo de los fondos de inversión libres 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, tal y como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- A partir de tales premisas, el tribunal concluye que el citado análisis de comparabilidad —como medio para restablecer la efectividad de la libre circulación garantizada por el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea— debe realizarse sobre la base de los elementos esenciales intrínsecos considerados por el legislador español para otorgar el tratamiento fiscal más beneficioso a los fondos de inversión libres 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, 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 ese contexto, el tribunal analiza los citados elementos intrínsecos relativos al número de partícipes —entendiendo que no es un elemento esencial para establecer la comparabilidad en situaciones transfronterizas—; al modo de captación del capital —siendo importante a estos efectos verificar, entre otras cuestiones, que los fondos de inversión libres no sean meras sociedades de cartera destinadas a gestionar patrimonios personales o familiares—; al carácter abierto del fondo —cuya consideración como elemento esencial matiza el tribunal, determinando que dicho aspecto se refiere 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—; al capital mínimo del fondo de inversión libre —al que también se atribuye un carácter no esencial del régimen de tributación, sino más propiamente del régimen de autorización—; a la política de inversión, riesgos y diversificación —aspectos que tampoco considera relevantes para el tratamiento fiscal de los fondos de inversión libres—; a la captación de recursos del público en general; al tratamiento tributario de los rendimientos obtenidos por los partícipes, y a las facultades de control de la Administración nacional.
- Además de los anteriores elementos del Derecho nacional, el tribunal examina también los elementos comunes que proporciona el Derecho de la Unión Europea; destaca la relevancia de que los fondos de inversión libres no residentes cumplan estas dos exigencias: estar gestionados por un gestor de fondos de inversión alternativa debidamente autorizado en los términos requeridos por la Directiva 2011/61/UE y que cuenten con

la autorización de constitución y funcionamiento en el Estado miembro en que sean residentes.

A la vista de todo lo examinado, el alto tribunal resume los elementos concretos que deben tomarse en consideración a efectos del análisis de comparabilidad entre fondos de inversión libre o no armonizados no residentes y sus comparables residentes en España, en los siguientes:

- a) Que se trate de entidades que capten las aportaciones de capital del público en general, sin que puedan tener tal consideración las 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 concreto 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 inversores profesionales o 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 fondos de inversión libres excede del que con carácter general pueden asumir las instituciones de inversión colectiva armonizadas y que con ello no se desvirtúa el requisito de constituir un instrumento de inversión colectiva abierto.
- b) Que cuenten con una autorización vigente de funcionamiento en su país de origen o residencia expedida 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 fondos de inversión alternativa.

Por último, el tribunal determina que la carga de la prueba de que se cumplen tales requisitos de comparabilidad corresponde al fondo de inversión libre no residente —recordando que, en ausencia de una normativa nacional española que determine los medios concretos 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 fondos de inversión libres residentes en España o que resulten desproporcionados o extraordinariamente difíciles de conseguir—. Además, señala que, si la Administración tributaria española duda motivadamente del satisfactorio grado de acreditación, debe 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 fondo de inversión libre 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, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad. Añade, además: «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 fondo de inversión libre no residente para acreditar todos y cada uno de los elementos de comparabilidad».

Todo lo anterior ha conducido al tribunal a casar y anular la sentencia impugnada teniendo en

cuenta que el fondo de inversión libre recurrente acreditó de forma suficiente que reúne todas y cada una de las condiciones de comparabilidad con los fondos de inversión libres residentes que tributan al 1 % en el impuesto de sociedades por cumplir las condiciones requeridas para ello. En ese sentido, ha probado que es un fondo de inversión libre o alternativo constituido en Francia con arreglo a la legislación de dicho Estado; que dispone de autorización de constitución y funcionamiento vigente otorgada por la autoridad francesa competente —la Autorité des Marchés Financiers, organismo de control francés equivalente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores—; que constituye un patrimonio separado; que capta el capital del público en general en las

condiciones antes señaladas; que cuenta con un número superior a cien partícipes, si bien la legislación francesa no impone tal requisito mínimo; que su capital en el periodo considerado es superior a tres millones de euros, aunque tampoco el capital mínimo requerido por la legislación francesa es menor, según certificados emitidos por la entidad gestora del fondo; que está gestionado por una entidad acreditada como gestor de fondos de inversión alternativa, que a su vez está autorizada en su Estado de residencia (Francia) conforme a la Directiva 2011/61/UE; y, por último, que no está sometido en Francia al impuesto de sociedades, por lo que no puede neutralizar allí los efectos de la imposición a que ha sido sometido en España.