



2023 – 7 España

## El Tribunal Supremo corrige la discriminación fiscal a los hedge funds extranjeros

En la sentencia de 5 de abril de 2023, el Tribunal Supremo analiza si la normativa fiscal española genera una situación discriminatoria para los fondos de inversión libre (“FIL”) (comúnmente conocidos como *hedge funds*) residentes en el extranjero.

La normativa fiscal española establece que los dividendos que reciba un FIL residente en España están sujetos a un tipo de gravamen del 1%, mientras que ese mismo rendimiento pagado por una sociedad española está sujeto a una tributación del 19% para los fondos extranjeros (en su caso, se puede aplicar el tipo reducido que se determine por el correspondiente convenio para evitar la doble imposición).

El Tribunal Supremo (“TS” o “Tribunal”) entiende que, siempre que existan situaciones objetivamente comparables entre los *hedge funds* residentes en España y aquéllos que no lo son, la diferencia de trato a los fondos con base en un criterio de residencia es contraria al principio de libre circulación de capitales establecido en el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”).

De acuerdo con el TFUE, los tratamientos diferenciados a situaciones que, objetivamente, son comparables, deben estar suficientemente justificados en razones imperiosas de interés general y dichas razones deben ser interpretadas de manera restrictiva en la medida en que constituyan una limitación al principio de libre circulación de capitales. El TS considera que no se dan esas razones para que pueda existir la diferenciación de trato a los FIL residentes y no residentes en España.

A efectos de determinar cuándo existe esta discriminación, la sentencia sostiene que los fondos no residentes en España son comparables a los FIL residentes en la medida en que cumplan con los siguientes requisitos:

1. Han de ser entidades que capten aportaciones de capital público en general (entidades “abiertas”). A estos efectos:
  - No tienen tal consideración las entidades que limiten el acceso (i) a patrimonios familiares o personales, o (ii) bajo requisitos subjetivos (poniendo como ejemplo la pertenencia a colectivos determinados – i.e. empleado de una empresa, organización o administración).

CDMX

+52 (55) 5257 7000

Monterrey

+52 (81) 8478 9200

Querétaro

+52 (44) 2229 1797

Nueva York

+1 (212) 223 4434

Houston

+1 (832) 240-3759

Madrid

+34 680 708 204

SUSCRÍBETE



Más publicaciones

www.chevez.com



- No obstante, no resulta relevante – a efectos de limitación de acceso – la exigencia de reunir la condición de inversor profesional o la acreditación de un nivel concreto de formación y conocimiento del funcionamiento de los mercados de valores (i.e. importe mínimo de inversión).
- 2. Deben contar con una autorización de funcionamiento vigente en su país de residencia, la cual debe ser emitida por la autoridad competente a estos efectos para el control y supervisión de las Instituciones de Inversión Colectiva (es decir, la autoridad equivalente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores).
- 3. Tienen que acreditar que su gestión se realiza por parte de una entidad debidamente autorizada como Gestor de Fondos de Inversión Alternativa en su país de residencia, todo ello en los términos establecidos en 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.

El TS especifica que son los propios *hedge funds* los que deben asumir la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos del análisis de comparabilidad. No obstante, y ante la ausencia de una norma española que especifique los medios de prueba o certificados que deben aportarse, no pueden exigirse medios de prueba que resulten desproporcionados o extraordinariamente difíciles de conseguir.

En el supuesto de que la administración dude – de manera motivada – del grado de acreditación aportado, tiene la obligación de utilizar de manera activa las facultades de obtención de información que tenga a su disposición (bien por la aplicación del correspondiente convenio para evitar la doble imposición – o instrumento análogo – suscrito entre España y la otra potencial jurisdicción, bien por la utilización de mecanismos de intercambio automático y obligatorio en la UE en materia tributaria). En este sentido, una falta injustificada del recurso a estos mecanismos de obtención de información por parte de la administración debe valorarse en la distribución de la carga de la prueba.

Finalmente, el Tribunal entiende que puede darse la neutralización de los efectos de la restricción a la libre circulación de capitales existente en España para los FIL no residentes en aquellos supuestos en los que el correspondiente convenio para evitar la doble imposición permita a dichos FIL deducir de manera completa el exceso de tributación soportado en España. No obstante, y teniendo en consideración la tributación de estas entidades (que, generalmente, difieren la tributación hasta el momento de percepción de la renta por parte de sus socios), esta neutralización se entiende, en la práctica, imposible.

Es altamente recomendable que cualquier FIL no residente en territorio español que pueda obtener rendimientos sujetos a tributación en España revise su comparabilidad con las FIL españolas. Si existe una situación objetivamente comparable, se deberá comprobar si en los ejercicios no afectados por la prescripción han estado sujetos a tributaciones superiores al 1% a efectos de solicitar potenciales devoluciones de impuestos indebidamente soportados.

\* \* \* \* \*

Para más información sobre estas u otras cuestiones relacionadas con derecho español, no duden en contactar a los socios de nuestra oficina en España:



**Guillermo Bueno**  
[gbueno@chevez.com](mailto:gbueno@chevez.com)

**Pere Pons**  
[pere.pons@chevez.com](mailto:pere.pons@chevez.com)

**Miguel Bastida**  
[mbastida@chevez.com](mailto:mbastida@chevez.com)

Madrid (España)  
Junio 2023

El presente Flash Informativo contiene información de carácter general y no pretende incluir interpretación alguna de lo aquí comentado, por lo que no debe considerarse aplicable respecto de un caso particular o bajo circunstancias específicas. La información aquí contenida es válida en la fecha de emisión de esta comunicación; sin embargo, no garantizamos que la información continúe siendo válida en la fecha en que se reciba o en alguna otra fecha posterior. Por lo anterior, recomendamos solicitar confirmación acerca de las implicaciones en cada caso particular.

**AVISO LEGAL**

**TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS ©2022, CHEVEZ, RUIZ, ZAMARRIPA Y CIA, S.C., AVENIDA VASCO DE QUIROGA #2121, 4° PISO, COLONIA PEÑA BLANCA SANTA FE, DELEGACIÓN ÁLVARO OBREGÓN, CIUDAD DE MÉXICO, MÉXICO.**

Todo el contenido (publicaciones, marcas y Reservas de Derechos) antes mostrado es propiedad de CHEVEZ, RUIZ, ZAMARRIPA Y CIA, S.C., mismo que se encuentra protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor, la Ley de la Propiedad Industrial y los Tratados Internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.

Todo uso no autorizado por cualquier medio conocido o por conocerse, ya sea de forma escrita, digital o impresa, será castigado y perseguido conforme a la legislación aplicable. Queda prohibido copiar, editar, reproducir, distribuir o cualquier otra forma de explotación, mediante cualquier medio, sin la autorización por escrito de CHEVEZ, RUIZ, ZAMARRIPA Y CIA, S.C.