

# LA DISCRIMINACIÓN DE FONDOS DE INVERSIÓN INMOBILIARIA EXTRANJEROS IMPLICA UNA RESTRICCIÓN A LIBERTAD DE MOVIMIENTO DE CAPITALES: STJUE DE 27 DE ABRIL DE 2023, C-537/20

---

Carlos Pedrosa López  
*Universitat de València*  
(España)

## Resumen

La normativa alemana sujeta por obligación real a los fondos de inversión inmobiliaria no residentes mientras que sus homólogos residentes están exentos del impuesto resulta contraria al artículo 63 del TFUE. El TJUE considera que esta diferencia de trato supone una restricción a la libertad de movimiento de capitales en la medida en que se trata de forma distinta dos tipos de inversión equivalentes solamente por motivo de su residencia fiscal. Esa diferencia no queda justificada ni por razones de interés general ni por no poder ser comparadas objetivamente ambas situaciones.

## Palabras clave

Libre circulación de capitales; Impuesto sobre Sociedades; Discriminación; Fondos de inversión; No Residentes; Inversores.

## Abstract

The German legislation which imposes a real obligation on non-resident real estate investment funds while their resident counterparts are exempt from tax is contrary to Article 63 TFEU. The CJEU considers that that difference in treatment constitutes a restriction on the free movement of capital in so far as two equivalent types of investment are being treated differently solely on the basis of their tax residence. That difference is not justified either on grounds of the public interest or because the two situations cannot be objectively compared.

## Keywords

Free movement of capital; Corporate income tax; Discrimination; Investment funds; Non-residents; Investors.

**SUMARIO**

1. Tipo de procedimiento y doctrina del tribunal
2. Supuesto de hecho
3. Fundamentos de derecho
4. Análisis y relevancia para España

## 1. Tipo de procedimiento y doctrina del tribunal

Se trata de una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo de lo Tributario de Alemania mediante resolución de 18 de diciembre de 2019, recibida en el TJUE el 21 de octubre de 2020. En el procedimiento participan como partes; por un lado, L Fund, que es un fondo de inversión inmobiliaria constituido, conforme al Derecho luxemburgués, en forma de fondo de inversión especializado y, por otro, Finanzamt D (Oficina Tributaria alemana), en relación con la sujeción de L Fund al Impuesto sobre sociedades correspondiente a los ejercicios 2008 a 2010.

Para la resolución de la cuestión, el TJUE debe llevar a cabo una interpretación del artículo 63 TFUE, precepto que proscribire toda restricción de movimientos de capitales entre países miembros y entre Estados miembros y terceros países. En particular, la doctrina que emana del TJUE establece que los Estados miembros deben ejercer su competencia en materia de fiscalidad directa respetando el Derecho de la UE y las libertades fundamentales protegidas por el TFUE.

## 2. Supuesto de hecho

El supuesto tiene su fundamento en que L Fund, el fondo de inversión inmobiliario especializado cuya sede y domicilio social se encuentran fuera del territorio alemán, percibe rentas procedentes del arrendamiento y venta de bienes inmuebles situados en Alemania y presenta declaraciones por el Impuesto sobre sociedades alemán por obligación real, aunque en su opinión no debería estar sujeto a tal imposición.

La Oficina Tributaria alemana confirmó la sujeción por obligación real de L Fund al impuesto citado y practicó liquidaciones de los ejercicios 2008 a 2010. L Fund impugnó tales liquidaciones ante el *Finanzgericht Münster* (Tribunal de lo Tributario de Münster, Alemania), que en 2017 corroboró el contenido de tales liquidaciones. Finalmente, el fondo de inversión no residente acabó presentando recurso de casación ante el *Bundesfinanzhof* (Tribunal Supremo de lo Tributario de Alemania).

El *Bundesfinanzhof* señaló que, conforme a la normativa tributaria alemana, el fondo de inversión recurrente estaba sujeto por obligación real al Impuesto sobre sociedades y no disfrutaba de ninguna exención, ni de tipo personal ni real. Esto significaba que, a diferencia de los fondos de inversión de tipo abierto regulados por el Derecho alemán, L Fund no podía acogerse a la exención prevista por las Leyes alemanas por ser un fondo extranjero.

Por estar basada esa diferencia de trato fiscal en el carácter nacional o extranjero del fondo de inversión, el Tribunal Supremo alemán planteó la cuestión de si la exclusión de un fondo extranjero del disfrute de esa exención es

compatible con el Derecho de la Unión, puesto que podría suponer una restricción a la libertad de movimientos de capital prevista en el artículo 63 del TFUE. No obstante, en ese planteamiento el propio órgano jurisdiccional argumenta que la exención de los fondos residentes tiene su fundamento en el principio de transparencia, y busca que las rentas solamente se graven una vez, esto es, a través del gravamen de los inversores que perciben tales rentas. Por ello, el Tribunal argumenta que en ambos casos las rentas percibidas tributan pero de formas distintas. La diferencia fiscal existente se debe a que, en el caso de fondos de inversión inmobiliaria no residentes que agrupan a inversores con el mismo carácter, debido al principio de territorialidad, el legislador alemán no tiene la posibilidad de garantizar la aplicación del Derecho alemán, como Estado miembro en cuyo territorio están situados los inmuebles en cuestión, a gravar a esos inversores no residentes.

Por lo tanto, L Fund, fondo de inversión inmobiliaria especializado extranjero, debe sujetar las rentas que obtiene de los bienes inmuebles situados en Alemania al Impuesto sobre Sociedades, siendo sus inversores no residentes los no sujetos a imposición en el citado Estado miembro. Sin embargo, el mismo fondo de inversión inmobiliaria pero residente no está sujeto al Impuesto de Sociedades alemán porque las rentas obtenidas se atribuyen a los inversores miembro del fondo.

Además sobre la cuestión acerca de la compatibilidad de la diferencia de trato entre fondos de inversión residentes y no residentes con el Derecho de la UE, el órgano jurisdiccional remitente también pregunta al TJUE si los fondos de inversión inmobiliaria especializados no residentes y los de Derecho nacional se hallan en una posición de comparabilidad. Este planteamiento viene porque los fondos de inversión nacional que agrupan a inversores institucionales no residentes no tributan por el Impuesto sobre Sociedades debido a la imputación directa de las rentas inmobiliarias a esos inversores no residentes. Por ello, como existe una sujeción expresa por obligación real de dichas rentas al Impuesto sobre Sociedades, el legislador nacional puede haber tenido en cuenta la situación fiscal de los propios inversores para establecer que el tratamiento fiscal aplicable no se base en el tipo del fondo sino en dónde residen los inversores que participan en tales fondos de inversión inmobiliaria.

### 3. Fundamentos de derecho

El TJUE resuelve la cuestión prejudicial exponiendo, en primer lugar, que la distinción en el tratamiento fiscal entre contribuyentes residentes y extranjeros no supone de forma automática una restricción a la libertad de movimiento de capitales del artículo 63 del TFUE. Así pues, el artículo 65 del TFUE engloba una excepción a este principio fundamental europeo, según el cual los Estados miembros tienen derecho a aplicar las disposiciones pertinentes de su normativa fiscal que distingan entre contribuyentes basadas en el lugar de residencia o lugar de inversión del capital. No obstante, el propio artículo 65, en su tercer apartado, limita el alcance de esta excepción, pues tal precepto establece que esas disposiciones nacionales no pueden constituir «ni un medio de discrimi-

nación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos».

Según la jurisprudencia europea, para que una normativa nacional no infrinja lo establecido materia de libre circulación de capitales, la diferencia de trato debe afectar a situaciones que no sean comparables objetivamente o estar justificada por interés general. Por ello, el TJUE examina las tres cuestiones: la existencia de una diferencia de trato, la comparabilidad de las situaciones y la posibilidad de que ese trato diferenciado estuviera justificado.

En primer lugar, como en la normativa alemana los fondos de inversión residentes disfrutan de una exención en el Impuesto sobre Sociedades mientras que los no residentes no pueden aplicarla, esto supone un tratamiento desfavorable para los segundos. Por ello, el Tribunal declara que este hecho puede significar que los fondos de inversión inmobiliaria no residentes dejen de invertir en inmuebles situados en Alemania, a la vez que disuaden a inversores residentes alemanes de invertir en fondos no residentes. Además, el hecho de que se grave a los inversores en su lugar cuando se aplica la exención no deja de significar una tributación diferente para los propios fondos de inversión. Por ello, entiende que del análisis de la normativa alemana se desprende que la misma es contraria a priori a la libertad de movimiento de capitales.

En segundo lugar, el TJUE procede a examinar si las situaciones son comparables entre ellas. Para realizar tal análisis, se basa en la jurisprudencia europea consolidada que defiende que la comparabilidad entre una situación transfronteriza e interna debe llevarse a cabo teniendo en cuenta el objetivo de la normativa nacional, así como su objeto y contenido. En este sentido, los fines perseguidos por la normativa nacional son que las rentas inmobiliarias de esos fondos no sean gravadas dos veces, dejando solamente la tributación personal de los inversores, aplicando el principio de transparencia y el de igualdad de trato entre inversiones directas y realizadas a través de un fondo de inversión. El TJUE también señala que, en la medida que los fondos de inversión no residentes también pueden tener inversores residentes en Alemania y, consecuentemente, el Estado alemán también puede ejercer su potestad tributaria sobre la renta de los mismos, un fondo de inversión inmobiliaria no residente se halla en una situación comparable a la de un fondo de inversión inmobiliaria residente. Además, el hecho de que los fondos residentes obtengan una exención, pero los no residentes no gocen de ella, supone una diferencia de situación objetiva entre los dos tipos de fondos.

De este modo, el TJUE concluye que, habiendo analizado los fines perseguidos por la normativa nacional y el criterio que distingue los diferentes tratamientos fiscales, que es solamente la residencia del fondo de inversión, ambos fondos de inversión se encuentran en una situación de comparabilidad objetiva.

Finalmente, el Tribunal examina si existe una razón de interés general para que una restricción a la libre movilidad de capitales esté amparada por el Derecho de la UE. A priori, el Gobierno alemán alega dos posibles razones serían la necesidad de salvaguardar la coherencia del régimen fiscal alemán y la de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados miembros.

En cuanto a la razón relativa a guardar la coherencia del sistema fiscal alemán, según jurisprudencia anterior del propio TJUE, es necesario que exista una relación clara entre la ventaja fiscal y la compensación de la misma con un gravamen fiscal determinado. No obstante, el TJUE aclara que a su vez la misma no debe ir más allá de lo necesario. Por ello, el Tribunal concluye que esa coherencia seguiría existiendo si los fondos no residentes pudieran estar exentos en el citado impuesto, siempre que se asegurara que los inversores satisfacen un impuesto equivalente al de los sujetos inversores en un fondo de inversión residente. Además, esta opción sería menos restrictiva que el régimen actual, cuya diferencia de trato no puede justificarse por esta razón de interés general.

En relación con la necesidad de preservar un reparto equilibrado de la potestad tributaria entre los Estados, el TJUE establece que justificar la diferencia de tratamiento fiscal en la salvaguarda del reparto de la potestad tributaria entre Estados miembros puede aceptarse cuando el objetivo del régimen es evitar comportamientos que pongan en peligro el derecho de los Estados a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas dentro de su territorio. Sin embargo, si un Estado miembro decide no someter a los fondos de inversión residentes no puede alegar tal razón de equilibrio de la potestad tributaria para justificar la sujeción al impuesto sobre sociedades de los fondos no residentes que perciban tales rentas. La Sentencia del TJUE de 17 de marzo de 2022 (asunto C-545/19) llega en un caso análogo a esta misma conclusión.

#### 4. Análisis y relevancia para España

Esta sentencia del TJUE también tiene un impacto relevante en el ordenamiento jurídico-tributario español y, en general, en el de todos los estados miembros de la Unión Europea. El tratamiento tributario menos favorable de los fondos de inversión inmobiliaria no residentes a diferencia de sus homólogos residentes resulta contrario al artículo 63 TFUE.

La importancia de esta resolución es notoria al poder extrapolarse a otro tipo de entidades en que existen normativas fiscales nacionales que pueden suponer una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por tratar fiscalmente de forma diferente a las entidades según tengan su residencia en el Estado miembro o en el exterior.

Este fallo tiene un impacto significativo para las autoridades fiscales españolas y para los fondos de inversión inmobiliaria que operan en España. Para las autoridades fiscales, significa que cualquier ley o normativa que trate de manera diferente a los fondos de inversión inmobiliaria residentes y no residentes es contrario al derecho de la Unión Europea. En ese caso, requiere una revisión de las leyes y normativas fiscales actuales para asegurarse de que cumplen con esta interpretación.

En el caso de España, el Tribunal Supremo ya se ha manifestado sobre estas cuestiones en una serie de sentencias recientes, dictadas entre los días 5 y 11 de abril de 2023. En ellas, se analizaba el tratamiento fiscal diferente entre los fondos de inversión libre residentes, que tributan en España al 1%, y los no resi-

dentos, que tributan a un tipo ente el 15% y el 19%. El Tribunal Supremo concluye en las sentencias que ese trato fiscal distinto es contrario a la libertad de circulación de capitales del artículo 63 del TFUE.

La regulación de estos fondos no residentes es discriminatoria y no tiene justificación válida, por lo que no debe ser aplicada si el fondo no residente presenta características comparables a los fondos de inversión libre españoles. Lógicamente, las diferentes sentencias del Tribunal Supremo consideran que la normativa española infringe el Derecho de la UE por no prever un mecanismo o requisitos para que los fondos residentes en el extranjero puedan aplicar el tipo del 1%, previsto según la legislación interna para los fondos residentes.

Por ello, para los fondos de inversión inmobiliaria que operan en España, este fallo puede abrir la puerta a posibles reclamaciones si se encuentran sujetos a un tratamiento fiscal diferente en función de su residencia. Esto podría resultar en una reducción de su carga fiscal si pueden demostrar que han sido tratados de manera desigual en comparación con sus homólogos residentes.

Además, esta sentencia también puede tener un impacto en la inversión inmobiliaria en España y en la Unión Europea en general. Si los fondos de inversión inmobiliaria no residentes son tratados de la misma manera que los residentes, esto podría incentivar una mayor inversión transfronteriza, lo que podría tener un efecto positivo en el mercado inmobiliario.