

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NFJ064557

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

Sentencia 920/2016, de 7 de septiembre de 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 1012/2013

**SUMARIO:**

**IRNR. Rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente. Dividendos. Políticas y principios del Derecho Comunitario. Principio de no discriminación. Libre circulación de capitales.**

*Aplicación del principio comunitario a residentes en Estados no comunitarios pero con obligaciones de asistencia mutua. Convenio con EE.UU. Aplicación de la tributación de los fondos de inversión internos a los residentes en los EE.UU.* Resulta palpable que el nuevo art. 27 del Convenio -que no resulta aplicable al caso- pasa de tener dos apartados a ocho para que los mecanismos de información pudieran ser asimilables a los exigidos por la Unión Europea y así evitar la imposición por parte de las autoridades españolas de restricciones a las inversiones en España de los fondos estadounidenses. A partir de la entrada en vigor del nuevo art. 27, la obligación de información será de carácter general y no limitada a determinados aspectos como sucedía en la antigua redacción, estableciendo la obligación de proporcionar la información solicitada sin poder escudarse en que el Estado puede no necesitar la información para sus fines tributarios o porque la información obre en poder de bancos u otras instituciones financieras. Dados los términos del nuevo art. 27 del Convenio, el antiguo no reunía los estándares mínimos de información exigibles conforme a la Directiva 77/799/CEE del Consejo (Asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos) que era de aplicación en el ejercicio en que se devengó el tributo. Todo ello conduce a considerar que en aquel momento no existía un cauce legal adecuado para el intercambio de información entre España y los Estados Unidos de América, lo que imposibilitaba que por las autoridades españolas se pudiese obtener la información necesaria para poder examinar si los fondos de inversión con residencia en ese Estado cumplían con los requisitos necesarios para que pudiesen ser equiparados, a efectos de tributación, con los fondos de inversión españoles. Por ello, no puede resultar de aplicación a este supuesto la STJUE, de 20 de abril de 2014, asunto nº C-190/12 (NFJ054063) -alegada por la actora en la demanda-, que falló que un Estado miembro no puede excluir la exención fiscal de los dividendos pagados por sociedades establecidas en su territorio a favor de un fondo de inversión si existe una obligación de asistencia mutua entre ambos Estados, dado que dicha obligación de asistencia mutua no existía en aquel momento, como se acaba de señalar. En consecuencia, ni desde el punto de vista de la comparabilidad, ni desde el del suministro obligatorio de la necesaria información, puede entenderse que por España se ha restringido la libre circulación de capitales de los fondos de inversión recurrentes, negándolos la aplicación del tipo impositivo aplicable a los internos -1% frente al 15% aplicable a los residentes en EE.UU.-, en consonancia con la jurisprudencia del TJUE aludida, y en consecuencia, cabe desestimar el recurso contencioso administrativo y confirmar la resolución del TEAR. [Vid., en el mismo sentido, STSJ de Madrid, de 7 de julio de 2015, recurso nº 1009/2013 (NFJ064559)].

**PRECEPTOS:**

Convenio de 22 de febrero de 1990 (Convenio con EE.UU), arts. 10 y 27.

Ley 58/2003 (LGT), arts. 105, 131, 133 y 217.

Tratado de 25 de marzo de 1957 (Funcionamiento de la UE), arts. 63, 64 y 65.

Ley 1/2000 (LEC), art. 144.

RDLeg. 5/2004 (TR Ley IRNR), art. 25.

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), art. 28.

Ley 35/2003 (Instituciones de Inversión Colectiva), arts. 5 y 11.

**PONENTE:***Doña María Rosario Ormosa Fernández.*

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2013/0019075

Procedimiento Ordinario 1012/2013

Demandante: DFA INTERNATIONAL SMALL CAP VALUE PORTFOLIO (ISCVP)de DFA INVESTMENT DIMENSIONS GROUP INC

PROCURADOR D./Dña. SOLEDAD GALLO SALIENT

Demandado: Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid. Ministerio de Economía y Hacienda

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE

MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

**SENTENCIA**

RECURSO NÚM.: 1012-2013

PROCURADOR DÑA.SOLEDAD GALLO SALIENT

Ilmos. Sres.:

Presidente

D. José Alberto Gallego Laguna

Magistrados

D. José Ignacio Zarzalejos Burguillo  
Dña. María Rosario Ornosá Fernández  
Dña. María Antonia de la Peña Elías  
Dña. Carmen Álvarez Theurer

En la Villa de Madrid a 7 de septiembre de 2016

Visto por la Sala del margen recurso núm. 1012/2013 interpuesto por CONTINENTAL SMALL CO SERIES de DFA INVESTMENT DIMENSIONS GROUP INC, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Soledad Gallo Sallent, contra la Resolución desestimatoria, de 29 de mayo de 2013, del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, en la reclamación NUM000 , interpuesta por el concepto de Impuesto sobre la Renta No Residentes, habiendo sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por su Abogacía.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

Por la representación procesal del recurrente, se interpuso el presente recurso, que fue turnado a esta Sección y después de cumplidos los trámites preceptivos, y una vez dictada Sentencia en el recurso 1009/2013 , en el pleito testigo tramitado con carácter preferente, se decidió por la parte actora la continuación del procedimiento, al amparo del art. 111 LJ , y formalizó la demanda, alegando los hechos y los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso, y concluyó con la súplica de que en su día y, previos los trámites legales se dicte sentencia de conformidad con lo expuesto en el suplico de la demanda.

#### Segundo.

- Dado traslado de la demanda al Sr. Abogado del Estado, para su contestación, alegó en derecho lo que consideró oportuno, y solicitó la confirmación en todos sus extremos del acuerdo recurrido.

#### Tercero.

Una vez recibido a prueba el recurso, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, se señaló para la votación y fallo, la audiencia del día 6 de septiembre de 2016, en que tuvo lugar, quedando el recurso concluso para Sentencia.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María Rosario Ornos Fernández, quien expresa el parecer de la Sala.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### Primero.

Se interpone recurso contencioso administrativo por la entidad actora contra la Resolución desestimatoria, de 29 de mayo de 2013, del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, en la reclamación NUM000 , interpuesta por el concepto de Impuesto sobre la Renta No Residentes, correspondiente al 1T 2006, por importe de 11.692 €

El TEAR en la Resolución impugnada desestima la reclamación económico administrativa y motiva tal decisión en el siguiente sentido:

"OCTAVO: Una vez expuesto lo que antecede debe señalarse que de la proyección de la referida jurisprudencia del TJCE, deben extraerse las siguientes conclusiones para el caso que nos ocupa: La legislación española es, en esta materia, el reparto de dividendos a Instituciones de Inversión Colectiva, análoga a los supuestos analizados en las sentencias citadas, ya que grava los dividendos distribuidos a Instituciones de Inversión Colectiva domiciliadas en terceros países a un tipo impositivo fijo que puede ser mayor que el gravamen que finalmente soporten las Instituciones de Inversión Colectiva españolas. En efecto, conforme al artículo 10.2.b) del Convenio para evitar la doble imposición entre el reino de España y los Estados Unidos de América, se establece un diferente trato fiscal que se concreta en una mayor carga impositiva, la sujeción al IRNR al tipo impositivo de retención, para

los dividendos satisfechos por una entidad residente a sus socios, siempre que la participación de éstos en el capital no alcance el 25%. De forma que si la reclamante hubiese sido una Instituciones de Inversión Colectiva residente en España habría gozado de un tipo de gravamen del 1% o el 0% en su Impuesto sobre Sociedades por los dividendos percibidos ( artículo 28.5 y 6 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades ). Por ello, tal y como el TJCE concluyó al enjuiciar los asuntos citados, tal diferencia de trato puede disuadir a las sociedades domiciliadas en otros Estados de realizar inversiones en España, y constituiría, por tanto, una restricción a la libre circulación de capitales prohibida por el artículo 56 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea . No obstante, en el caso que nos ocupa nos encontramos con una sociedad cuyo domicilio social radica en Estados Unidos, Estado no integrado en la Unión Europea, por lo que no le es de aplicación "el marco de cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros establecido por la Directiva 77/799", de modo que, tal y como resulta de la jurisprudencia comunitaria citada, estamos ante un "contexto jurídico distinto" al existente entre países miembros de la Unión Europea, lo que justifica una valoración diferente de las diferencias de tributación a las que nuestra normativa interna somete, en función de la residencia fiscal de los accionistas, a los repartos de dividendos. Mientras que, como ya se ha dicho, dicha diferencia de tributación no puede mantenerse frente a sociedades matrices residentes en un país de la Unión Europea, sin embargo, estaremos ante un diferente trato que, en los términos vistos, no violenta el derecho comunitario, ni el artículo 56 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. La justificación de este trato diferenciado en la inaplicabilidad de los potentes mecanismos de colaboración administrativa contemplados en la citada Directiva ha sido expresamente confirmada, como se ha dicho, al analizar los repartos de dividendos realizados desde un país miembro de la UE (Italia) a matrices residentes en un país (Noruega) integrado en el Espacio Económico Europeo (sentencia de 19-11-2009, asunto C- 540/07 ), por lo que la misma conclusión debe alcanzarse cuando se realizan desde España a un país que no es miembro de la Unión Europea ni siquiera forma parte del espacio económico europeo, como es el caso de Estados Unidos. No fue óbice en la citada sentencia el hecho de que Italia tenga suscrito un convenio con Noruega para evitar la doble imposición, al aceptar que la cobertura dada por él para la obtención de información no es comparable a la que resulta del marco de cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros establecido por la Directiva 77/799. Por ello, tampoco puede ser óbice la existencia del "Convenio entre el reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta", de 1990, que en su artículo 27 contempla unas posibilidades de intercambio de información y asistencia administrativa que no son comparables a la amplitud e intensidad de colaboración que resulta del marco de cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros establecido por la Directiva 77/799 . Por ello, este Tribunal estima que, en este caso, la restricción a la libre circulación de capitales entre Estados miembros de la Unión Europea y terceros países, está justificada por lo que deben desestimarse las alegaciones actoras en este punto."

### Segundo.

- El acuerdo de liquidación provisional de 13 de abril de 2012 por el que la AEAT desestimó la solicitud de devolución de ingresos indebidos, efectuada por la entidad actora, se motiva en la siguiente forma:

"1º Vistos:

-El artículo 36 de la Ley 30 /1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común modificada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, regula la Lengua de los procedimientos administrativos -El artículo 105 de la Ley 58/2003 , General Tributaria que establece que en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo y puntualiza que los obligados tributarios cumplirán su deber de probar cuando designen de modo concreto el elemento de prueba ya en poder de la Administración Tributaria.

- La Orden Ministerial de 13 de abril del 2000 que establece el procedimiento para hacer efectiva la práctica de retención a los no residentes en el caso de obtención de dividendos por contribuyente del IRNR sin mediación de establecimiento permanente, es aplicable cuando en el procedimiento de pago intervengan entidades financieras domiciliadas, residentes o representadas en España.

- El artículo 31 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo , y el artículo 15.3 del Real Decreto 1176/2004 , por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, que regula los requisitos que deben cumplir la documentación para justificar las retenciones.

- Los artículos 3 y 4 del Real Decreto Legislativo 5/2004 anteriormente mencionado, que dispone que el impuesto se rige por la presente Ley sin perjuicio de lo establecido en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno.

-El Convenio firmado por España y Estados Unidos de América, para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y patrimonio que dispone que los dividendos pagados por una Sociedad residente de un Estado a un residente del otro Estado, pueden someterse a imposición en el Estado en el que reside la Sociedad pagadora de los dividendos de acuerdo con su legislación, pero el Impuesto no puede exceder de los límites establecidos en el Convenio. En concreto el artículo 10.1 del convenio establece:

"Los dividendos pagados por una sociedad residente en España a un residente de Estados Unidos pueden someterse a imposición en Estados Unidos. Estos dividendos pueden también someterse a imposición en España, y de acuerdo con la legislación española, pero siendo el beneficiario efectivo de estos dividendos el residente de Estados Unidos, el impuesto así exigido no puede exceder:

-Del 10 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiaria es una sociedad que posea directamente al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad que los abona;

-En todos los demás casos, del 15 por 100 del importe bruto de los dividendos 2ª Habiéndose constatado que:

-El contribuyente no residente solicita la devolución arriba reseñada

-La entidad es norteamericana y por tanto sujeta al convenio firmado entre España y Estados Unidos de América

- Los certificados de residencia fiscal no están en la lengua oficial exigida por la normativa indicada.

- La documentación justificativa aportada no cumple con los requisitos exigibles según la normativa aplicable indicada

3º Con los documentos aportados por el contribuyente no resulta posible contrastar la realidad de las retenciones incluidas por el mismo y, en consecuencia, no puede acreditarse la procedencia de aplicar las mismas en sus declaraciones en los términos declarados por el mismo.

De acuerdo con ello,

NO PROCEDE practicar la devolución solicitada en la declaración presentada por contribuyente indicando por el concepto y ejercicio tributarios de referencia."

Es decir la AEAT consideró en el acuerdo impugnado que estaba justificada la diferencia de tributación por razón de la residencia, porque no se habían acreditado por la entidad actora el cumplimiento de los requisitos exigibles para tributar en España según lo pretendido, así como las retenciones practicadas.

### Tercero.

La parte actora alega en la demanda que el motivo por el que ha decidido continuar con la tramitación de este recurso, una vez recaída Sentencia en el recurso 1009/2013 , tramitado como pleito testigo, es que en aquel procedimiento y en este tampoco, se alegó la nulidad de la liquidación practicada por haberse utilizado por la administración para decidir un procedimiento de verificación de datos. Por otra parte, entiende que al haber sido desestimado el recurso por falta de prueba, era necesario realizar un esfuerzo probatorio para intentar subsanar esa ausencia de pruebas. Por último, también ha decidido continuar por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril de 2014 (Asunto C190/12 ) que falló que un Estado Miembro no puede excluir la exención fiscal de los dividendos pagados por sociedades establecidas en su territorio a favor de un fondo de inversión si existe una obligación de asistencia mutua entre ambos Estados.

Alega la improcedencia del procedimiento de verificación de datos, utilizado por la AEAT, ya que, según se desprende de lo previsto en el art. 131 LGT , el procedimiento de verificación de dato limita de forma severa las facultades de la administración, pudiendo únicamente ventilarse en él cuestiones jurídicas muy simples y cita diferentes resoluciones del TEAC y del TEAR, así como de distintos TSJ, que así lo determinan. Entiende que el supuesto de hecho que nos ocupa tiene una complejidad que hace impropia la utilización del citado procedimiento

sin que pueda encuadrarse el caso que nos ocupa en el supuesto c) del citado art. 131 ni en ningún otro, ya que era necesario para resolver la cuestión planteada un profundo análisis de la comparabilidad entre las Instituciones de Inversión Colectivas estadounidenses y las españolas. Es más, señala que el TEAR y posteriormente el TEAR, ha reconocido en casos similares que este procedimiento era el inadecuado. La consecuencia de ello debe ser que se acuerde la nulidad de pleno derecho de la liquidación provisional al amparo de lo previsto en el art. 217 LGT por haberse dictado la liquidación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Por otro lado, señala que la devolución de retenciones solicitada por el Fondo tiene como fundamento jurídico la consideración de que las retenciones practicadas en España respecto de los dividendos obtenidos por inversiones en entidades españolas constituyen una discriminación y son contrarias a la libre circulación de capitales amparada en el Tratado de la Unión Europea, ya que el Fondo es una Institución de Inversión Colectiva de acuerdo con las leyes de Estados Unidos, y sus actividades están bajo la supervisión de la Securities Exchange Commission. De ahí que no esté conforme con el tipo de retención practicado sobre los dividendos obtenidos en España del 15% y solicita que se le aplique el 1%, aplicado en España a las Instituciones de Inversión Colectiva en el Impuesto sobre Sociedades, ya que lo contrario supondría una tributación discriminatoria que implicaría una restricción a la libertad de circulación de capitales consagrada por la jurisprudencia, que cita, de la Unión Europea., la cual exige la aplicación del principio de proporcionalidad en el caso de que se apliquen restricciones a esa libre circulación de capitales, ya que según la jurisprudencia del TJUE la actora deberá de tener derecho de presentar en el curso del procedimiento la información necesaria para acreditar que es una IIC con características comparables a las españolas y la existencia de mecanismos de intercambio de información tributaria.

En tal sentido, se aporta, como Anexos II, III y IV documentación consistente informes firmados por D. Agustín en los que se analiza el cumplimiento de los requisitos de comparabilidad en cuanto organización y regulación y se aporta en el Anexo VIII formularios de solicitud a la SEC de su registro inicial. Adicionalmente, en el Anexo IX se adjunta manual de supervisión de la SEC. También ha acreditado la custodia y gestión de las inversiones y la transparencia, en cuanto que los inversores reciben información sobre el fondo y como Anexo X acredita que está registrado en el Registro público EDGAR y supervisado por la SEC. Señala, además, que cumple otros requisitos como el de los límites al apalancamiento y el de valoración y liquidez diarias, regulación de los conflictos de intereses, diversificación, supervisión y responsabilidad, inversiones en activos y sus límites, oferta de participaciones, capital mínimo (pudiendo apreciarse en el Anexo XV que supera el capital mínimo de 2.400.000 euros.

También señala que aporta una carta de un representante del International Revenue Service en al que se afirma su disposición a facilitar las peticiones de información de las autoridades fiscales españolas.

Por otra parte, entiende que el art. 27 del Convenio de Doble Imposición entre España y Estados Unidos es suficiente para facilitar el intercambio de información de acuerdo con los estándares determinados por la Directiva 77/799/CEE y aporta al efecto unos comentarios a dicho artículo como documento XII, sin que la AEAT haya realizado el menor esfuerzo probatorio en relación a porqué dicho precepto no garantiza el intercambio de información.

Alega también la aplicación del principio de no discriminación del art. 25 del Convenio.

Además, países como Polonia, Suecia y Finlandia han reconocido la comparabilidad de las IIC estadounidenses con las domésticas y la suficiencia de mecanismos de intercambio de información.

Solicita, por todo ello, la devolución de los ingresos indebidos, con los correspondientes intereses de demora y que se revoque la resolución impugnada.

#### Cuarto.

La defensa de la Administración General del Estado, en la contestación de la demanda, destaca la mala fe procesal de la actora y la ausencia de lealtad procesal al hacer un indebido uso del art. 37. 2 LJ que, al obtener una Sentencia desestimatoria decide continuar con el procedimiento y alegar nuevos argumentos de impugnación que pudieron alegarse en el pleito testigo.

Subsidiariamente, alega que la utilización de un procedimiento de verificación de datos por parte de la AEAT no puede significar la nulidad de pleno derecho de la liquidación dictada, que, si bien ha sido acordada en algunas ocasiones por el TEAC en supuestos similares, en otros simplemente ha acordado la anulabilidad de la liquidación, lo que implica que pueda dictarse de nuevo la liquidación por el procedimiento adecuado.

Solicita por ello la desestimación de la demanda o, en todo caso, su estimación parcial determinando anulable la liquidación para que por la administración pueda dictarse una nueva por los ejercicios no prescritos.

#### Quinto.

En primer lugar, debemos referirnos en la resolución de este recurso a lo alegado por la parte actora en relación a que el procedimiento de verificación de datos desarrollado por la administración no fue el adecuado para practicar la liquidación tributaria que ha dado origen a estas actuaciones.

En tal sentido, el art. 131 LGT determina:

"La Administración tributaria podrá iniciar el procedimiento de verificación de datos en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la declaración o autoliquidación del obligado tributario adolezca de defectos formales o incurra en errores aritméticos.
- b) Cuando los datos declarados no coincidan con los contenidos en otras declaraciones presentadas por el mismo obligado o con los que obren en poder de la Administración tributaria.
- c) Cuando se aprecie una aplicación indebida de la normativa que resulte patente de la propia declaración o autoliquidación presentada o de los justificantes aportados con la misma.
- d) Cuando se requiera la aclaración o justificación de algún dato relativo a la declaración o autoliquidación presentada, siempre que no se refiera al desarrollo de actividades económicas."

Por su parte el art. 133 LGT establece:

"Terminación del procedimiento de verificación de datos

1. El procedimiento de verificación de datos terminará de alguna de las siguientes formas:

- a) Por resolución en la que se indique que no procede practicar liquidación provisional o en la que se corrijan los defectos advertidos.
- b) Por liquidación provisional, que deberá ser en todo caso motivada con una referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho que se hayan tenido en cuenta en la misma.
- c) Por la subsanación, aclaración o justificación de la discrepancia o del dato objeto del requerimiento por parte del obligado tributario.
- d) Por caducidad, una vez transcurrido el plazo regulado en el artículo 104 de esta ley sin haberse notificado liquidación provisional, sin perjuicio de que la Administración también pueda iniciar de nuevo este procedimiento dentro del plazo de prescripción.
- e) Por el inicio de un procedimiento de comprobación limitada o de inspección que incluya el objeto del procedimiento de verificación de datos.

2. La verificación de datos no impedirá la posterior comprobación del objeto de la misma."

Tal como se desprende del expediente administrativo, al apreciarse por la administración una aplicación indebida de la normativa tributaria del sujeto pasivo en su declaración del IRNR, del 1T ejercicio 2006, a través del Modelo 215, al pretender la devolución de lo que ella consideraba el exceso de tributación en relación a las retenciones practicadas respecto de los dividendos obtenidos en España por la inversiones de la entidad actora, se inició un procedimiento de gestión, de verificación de datos, notificándose a la entidad actora el inicio del citado procedimiento de verificación de datos y el trámite de audiencia, de fecha 15 de marzo de 2012, firmado por la Jefa de Servicio de Grandes Empresas, sin que conste que hiciese uso de esa facultad de formular alegaciones en relación al motivo de la regularización.

A continuación, se practicó liquidación provisional, de 13 de abril de 2012, en la que se denegaba el derecho a la devolución pretendida, firmada por el Inspector Adjunto de la Administración de Inspección de la Unidad de Gestión de Guzmán el Bueno de Madrid.

Previamente a todo ello, la parte actora había efectuado una serie de extensas alegaciones para explicar el sentido de su declaración, en escrito de 20 de abril de 2010, al que se adjuntó abundante documentación.

Debemos concordar con la actora que el procedimiento de verificación de datos tiene un contenido muy concreto y limitado, pero es evidente que el apartado c) del art. 131 LGT permite acudir a él cuando se aprecie una aplicación indebida de la normativa que resulte patente de la propia declaración o autoliquidación presentada o de los justificantes aportados con la misma y eso es, precisamente, lo que sucede en este caso, en el que la AEAT no está de acuerdo con la normativa que el sujeto pasivo pretende que le sea aplicada, que no es otra que la regulación española de las IIC, a efectos de que la tributación de los dividendos obtenidos en España se reduzca al 1% de los mismos en contra del 15% pretendido por la AEAT.

Es notorio que nos encontramos ante una cuestión muy compleja, que ha provocado decisiones contradictorias de los órganos administrativos y judiciales, pero lo que no hay que confundir es la complejidad de la decisión de la cuestión planteada con la complejidad del procedimiento a seguir y eso es lo que parece confundirse por la parte actora invocando, ex novo, en este recurso, la improcedente utilización del procedimiento de verificación de datos para resolverla, gozando por ello, tal como afirma el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, de una evidente ventaja procesal, ya que podía haberlo alegado en el pleito testigo seguido con carácter preferente a la tramitación de este recurso, ya que nada se lo impedía.

También parece confundirse esa cuestión en las, como poco, sorprendentes Resoluciones del TEAC, y también del TEAR, aportadas por la parte actora con la demanda, que, ante supuestos similares a los aquí planteados, entendieron "de oficio", al no haber sido ni tan siquiera alegado por la entidad reclamante, que el procedimiento adecuado para resolver la cuestión controvertida no era el de verificación de datos y que la consecuencia, tal como se aprecia en algunas de esas resoluciones, debía de ser la nulidad de pleno derecho de la liquidación, olvidando que una cosa es la ausencia radical de procedimiento y otra la utilización de un procedimiento inadecuado, lo cual no sucede en este caso, por lo que desde ningún punto de vista podría darse tal nulidad radical del procedimiento de gestión, en cuanto que no se aprecia que la recurrente haya sufrido indefensión alguna, tal como más abajo argumentaremos.

En otras de las resoluciones del TEAC y del TEAR, aportadas por las partes, se entendió que, únicamente, lo correcto era la anulación de la liquidación, si bien, en todos los casos, se acordó la procedencia de la devolución pretendida por las entidades reclamantes.

Es notorio, en todo caso, que en Resoluciones posteriores del TEAR, no aportadas por la parte actora, como una de 19 de octubre de 2015, se desestima la reclamación económica administrativa en un supuesto similar al aquí contemplado y se hace referencia expresa a las Sentencias dictadas en esta Sección por esta Ponente en el recurso contencioso administrativo 1007/2013 y por la Sra. de la Peña en el recurso 1009/2013, que se refieren también a idéntica cuestión, en cuanto son las Sentencias dictadas en los recursos tramitados de forma preferente y que afectan al que nos ocupa.

Tal como se ha expresado más arriba, una cosa es que la decisión a adoptar respecto de la cuestión planteada por la actora con su declaración sea compleja y otra que el procedimiento a seguir hubiera debido de ser más complejo o con más abundancia de trámites. La entidad actora presentó a la AEAT, como hemos visto más arriba, antes de que se iniciase el procedimiento de verificación de datos, unas alegaciones justificativas de la declaración que había efectuado del 1T de 2006, del IRNR y en ellas se extendió en las razones que entendió convenientes y presentó la documentación que consideró oportuna para justificar su pretensión.

Posteriormente, cuando se inicia el procedimiento de verificación de datos, se le dio trámite de alegaciones y no consta que formulase ninguna al efecto, ni que aportase ningún otro tipo de documentación. No puede apreciarse, por ello, qué diferencia habría existido para ella si en vez de incoarse un procedimiento de verificación de datos se hubiese iniciado un procedimiento de comprobación limitada, en el que, sí está previsto el examen de la contabilidad del sujeto pasivo, a efectos, únicamente de constatar la coincidencia de los apuntes contables con los datos que obran en poder de la administración o la práctica de requerimientos a terceros, o tampoco puede apreciarse la diferencia para la actora de la utilización por la AEAT de un procedimiento de inspección, con el carácter general de investigación que supone, ya que, en todo caso, lo que aquí había que decidir era un cuestión, muy compleja, pero que no requería tramitación excesiva o examen de la contabilidad, ya que se trataba de una decisión e interpretación jurídica y normativa.

Eso es, en definitiva, lo que parece confundirse por la parte actora, que pudo alegar la ausencia o defecto de motivación de la liquidación provisional sobre la cuestión planteada, lo cual no se hace en la demanda, pero lo que no puede pretender es que el procedimiento de verificación de datos utilizado, en este caso concreto, haya sido



improcedente, ya que no se aprecia qué ventaja podría haber obtenido la entidad actora en otro diferente, puesto que en el que nos ocupa tuvo trámite de alegaciones, que no utilizó, presentó previamente a su inicio las alegaciones y documentación que entendió oportunas para justificar su declaración y el procedimiento finalizó con una liquidación provisional, siendo una de las formas previstas de su terminación, en el art. 133 b) LGT, a la vista de los datos verificados.

No se aprecia, en consecuencia, que haya sufrido la entidad actora indefensión alguna por la tramitación del procedimiento de verificación de datos, de acuerdo, además, con el criterio sobre la indefensión en los procedimientos tributarios que se sustenta en la reciente doctrina del Tribunal Supremo y de la que es expresión la STS, Sección 2ª, Sala Tercera, de 6 de junio de 2014 (recurso de casación 1482/2012), en la que el Tribunal Supremo ha vuelto a pronunciarse sobre las diferencias entre la indefensión "formal" y la "material" y viene a señalar que no basta con que exista una indefensión "formal", sino que ésta tiene que ser "material", única relevante que puede amparar una pretensión anulatoria. Es decir, que tiene que reflejarse en una concreta indefensión, que aquí no se aprecia, ya que ni tan siquiera en la demanda, se especifica la forma concreta o "material" de indefensión que se sufrió por la tramitación del tan citado procedimiento de verificación de datos.

Debe por ello de decaer este motivo de oposición de carácter formal y debemos de pasar al examen del fondo de las cuestiones alegadas en este recurso.

#### Sexto.

Vamos ahora a examinar si concurren en este caso las condiciones necesarias para que pueda darse la igualdad de trato que la entidad actora pretende entre las retenciones practicadas a los dividendos obtenidos en España por un fondo de inversión, que la parte actora defiende que está registrado y es residente fiscal en Estados Unidos, y las retenciones que se efectúan a dividendos obtenidos por Instituciones de Inversión Colectiva (en adelante IIC) residentes en España.

En concreto en la demanda se afirma que DFA INVESTMENT TRUST COMPANY está constituida con arreglo a las leyes del estado de Maryland, EEUU, domiciliada en los Estados Unidos de América y registrada en Texas con forma jurídica de "trust".

Para comenzar es preciso destacar la regulación de la prohibición de restricción a la libertad de movimientos de capitales entre Estados Miembros de la Unión Europea y Terceros Estados, que está regulada, con carácter general, en los artículos 63 a 66 del Tratado, de 25 de marzo de 1957, de funcionamiento de la Unión Europea, si bien se admiten las excepciones previstas en el art. 65. 1 a), las cuales, en todo caso, tienen carácter restrictivo.

Es interesante reproducir tales preceptos:

#### Artículo 63

"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."

#### Artículo 64

"1. Lo dispuesto en el artículo 63 se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho de la Unión en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales. Respecto de las restricciones existentes en virtud de la legislación nacional en Bulgaria, Estonia y Hungría, la fecha aplicable será el 31 de diciembre de 1999

2. Aunque procurando alcanzar el objetivo de la libre circulación de capitales entre Estados miembros y terceros países en el mayor grado posible, y sin perjuicio de lo dispuesto en los demás capítulos de los Tratados, el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán medidas relativas a

los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, sólo el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá establecer medidas que supongan un retroceso en el Derecho de la Unión respecto de la liberalización de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos."

#### Artículo 65

"1. Lo dispuesto en el artículo 63 se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a:

- a) aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital;
- b) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública."

La jurisprudencia que ha desarrollado lo regulado más arriba ha matizado e interpretado las restricciones a la libre circulación de capitales en relación a Terceros Estados y así en la Sentencia de 10 de abril de 2014 de la Sala 1ª del Tribunal del Justicia de la Unión Europea, que se cita en la demanda se determinó lo siguiente en el Asunto nº C-190/12 :

"84. De las consideraciones que preceden se deduce que la justificación basada en la necesidad de preservar la eficacia de los controles fiscales sólo es admisible si la normativa de un Estado miembro hace que el disfrute de una ventaja fiscal dependa del cumplimiento de requisitos cuya observancia sólo puede comprobarse recabando información de las autoridades competentes de un tercer Estado y que, debido a la inexistencia de una obligación convencional de dicho tercer Estado de facilitar información, resulta imposible obtener de éste tales datos (véase la sentencia Haribo Lakritzten Hans Riegel y Österreichische Salinen, antes citada, apartado 67 y jurisprudencia citada).

85. Ahora bien, contrariamente a los asuntos que dieron lugar a las sentencias mencionadas en el apartado 82 de la presente sentencia, en relación con los cuales no existía obligación alguna de carácter convencional de los Estados terceros de que se trataba de facilitar información, por lo que el Tribunal de Justicia descartó la posibilidad de que el propio contribuyente proporcionara las pruebas necesarias para la correcta determinación de los impuestos correspondientes, en lo que al asunto principal se refiere, existe un marco normativo de asistencia administrativa mutua establecido entre la República de Polonia y los Estados Unidos de América que permite el intercambio de información que resulta necesaria para la aplicación de la normativa fiscal.

86. Más concretamente, dicho marco de cooperación se deriva del artículo 23 del Convenio para evitar la doble imposición y del artículo 4 del Convenio elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y el Consejo de Europa, firmado en Estrasburgo el 25 de enero de 1988, sobre la asistencia administrativa mutua en materia fiscal.

87. De ello se deduce que, habida cuenta de la existencia de dichas obligaciones convencionales entre la República de Polonia y los Estados Unidos de América, que establecen un marco jurídico común de cooperación y mecanismos de intercambio de información entre las autoridades nacionales interesadas, no puede descartarse a priori que los fondos de inversión establecidos en el territorio de los Estados Unidos de América puedan estar obligados a proporcionar los documentos justificativos pertinentes que permitan a las autoridades tributarias polacas comprobar, en cooperación con las autoridades competentes de los Estados Unidos de América, que desarrollan sus actividades en unas condiciones equivalentes a las aplicables a los fondos de inversión establecidos en el territorio de la Unión.

88. Corresponde, no obstante, al órgano jurisdiccional remitente examinar si las obligaciones convencionales entre la República de Polonia y los Estados Unidos de América, que establecen un marco jurídico

común de cooperación y mecanismos de intercambio de información entre las autoridades nacionales interesadas, pueden efectivamente permitir que las autoridades tributarias polacas comprueben, en su caso, la información facilitada por los fondos de inversión establecidos en el territorio de los Estados Unidos de América inherente a los requisitos relativos a la creación y el ejercicio de sus actividades, con el fin de determinar que operan en un marco normativo equivalente al de la Unión."

Es decir, el propio Tribunal de Justicia Europeo entendió que correspondía a los órganos jurisdiccionales de cada Estado determinar si se producían mecanismos convencionales que estableciesen un marco de cooperación y mecanismos de intercambio de información, para que por un Estado de la Unión Europea se pudiese comprobar si los fondos de inversión procedentes, en este mismo caso, de Estados Unidos reunían los requisitos relativos a la creación y ejercicio de sus actividades para determinar si operaban en condiciones similares o coincidentes con los fondos de la Unión Europea.

Por su parte, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de mayo de 2012, dictada en el Asunto núms. C-338/11 a C-347/11 (acumulados) mantiene el mismo criterio que el más arriba reproducido cuando señala:

"20. A este respecto, es preciso recordar que, conforme al artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), «lo dispuesto en el artículo 63 [TFUE] se aplicará sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a [...] aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital».

21. Esta disposición debe interpretarse en sentido estricto, en la medida en que constituye una excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales. Por lo tanto, no puede interpretarse en el sentido de que toda normativa fiscal que distinga entre los contribuyentes en función del lugar en que residen o del Estado miembro en el que invierten sus capitales es automáticamente compatible con el Tratado (véanse las sentencias de 11 de septiembre de 2008, *Eckelkamp y otros*, C-11/07, Rec. p. I-6845, apartado 57; de 22 de abril de 2010, *Mattner*, C-510/08, Rec. p. I-0000, apartado 32, y *Haribo Lakritzen Hans Riegel y Österreichische Salinen*, antes citada, apartado 56).

22. En efecto, la excepción prevista en la citada disposición está limitada, a su vez, por el artículo 65 TFUE, apartado 3, que establece que las disposiciones nacionales a que se refiere dicho apartado 1 «no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 63».

23. Por lo tanto, las diferencias de trato permitidas por el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), deben distinguirse de las discriminaciones prohibidas por el apartado 3 de este artículo. Según reiterada jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el caso de autos pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o esté justificada por razones imperiosas de interés general (véanse las sentencias de 6 de junio de 2000, *Verkooijen*, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 43; de 7 de septiembre de 2004, *Manninen*, C-319/02, Rec. p. I-7477, apartado 29, y de 1 de diciembre de 2011, *Comisión/Bélgica*, C-250/08, Rec. p. I-0000, apartado 51)."

En todo caso, es determinante el fallo de la Sentencia, más arriba citada, de 10 de abril de 2014 en el que se expresa:

1) El artículo 63 TFUE, relativo a la libre circulación de capitales, se aplica en una situación, como la controvertida en el asunto principal, en la que, en virtud de la normativa fiscal nacional, los dividendos pagados por sociedades establecidas en un Estado miembro a un fondo de inversión establecido en un Estado tercero no son objeto de exención fiscal, mientras que los fondos de inversión establecidos en ese Estado miembro gozan de tal exención.

2) Los artículos 63 TFUE y 65 TFUE han de interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa fiscal de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, en virtud de la cual no pueden gozar de una exención fiscal los dividendos pagados por sociedades establecidas en ese Estado miembro a un fondo de inversión situado en un Estado tercero, siempre que exista entre ese Estado miembro y el Estado tercero de que se trate una obligación convencional de asistencia administrativa mutua que permita a las autoridades tributarias

nacionales comprobar la información remitida, en su caso, por el fondo de inversión. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente, en el asunto principal, examinar si el mecanismo de intercambio de información previsto en esa relación de cooperación permite efectivamente que las autoridades tributarias polacas comprueben, en su caso, la información facilitada por los fondos de inversión establecidos en el territorio de los Estados Unidos de América sobre los requisitos relativos a la creación y al desarrollo de sus actividades, con el fin de determinar si operan dentro de un marco normativo equivalente al de la Unión."

En consecuencia, y aplicando la citada jurisprudencia al caso que nos ocupa, esta Sala debe examinar si se dan las condiciones de comparabilidad necesarias para que podamos entender que los fondos objeto de este recurso cuentan con similares características y requisitos que los que son exigidos por la legislación española a los fondos de inversión nacionales. Además, también debemos determinar si existían entre España y los Estados Unidos los suficientes mecanismos de información para entender que los fondos procedentes de ese Tercer Estado operan en condiciones similares a los españoles.

Tal como hemos dicho ya en la Sentencia número 832, de 7 de julio de 2015, dictada en el recurso 1107/2013, de esta misma ponente, está claro que, partiendo de la libertad de circulación de capitales existente para los movimientos de capital entre Estados Miembros y entre Estados Miembros y Terceros Países, la consecuencia debe ser que, con carácter general, deben de quedar prohibidas cualesquiera restricciones sobre los pagos entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.

Sin embargo, existen casos, en los que puede darse una excepción a esa regla general que justifique una diferencia de trato fiscal, bien porque se trate de situaciones no comparables, bien porque se produzca una razón de interés general, como puede ser la ausencia de mecanismos de intercambio de información para que por un Estado de la Unión Europea se pueda comprobar si los fondos de inversión procedentes de un Tercer Estado reúnen los requisitos necesarios en cuanto a su creación y al ejercicio de sus actividades a fin de poder determinar si operan en condiciones similares o coincidentes con los fondos de la Unión Europea, lo cual puede ser determinado por los órganos jurisdiccionales del Estado en el que se pretende el beneficio fiscal.

#### **Séptimo.**

Debemos de examinar, por lo expuesto más arriba, las condiciones de comparabilidad, plenamente conscientes de que situaciones comparables no son situaciones idénticas, según ha determinado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La jurisprudencia del TJEU ha establecido que, para que haya discriminación, lo primero que hay que apreciar es si se producen dos situaciones comparables ya que las diferencias de trato permitidas por el artículo 65 TFUE, apartado 1, letra a), deben distinguirse de las discriminaciones prohibidas por el apartado 3 de este artículo. Según reiterada jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional como la controvertida en el caso de autos pueda considerarse compatible con las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de capitales, es preciso que la diferencia de trato afecte a situaciones que no sean objetivamente comparables o esté justificada por razones imperiosas de interés general ( Sentencias de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 43; de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C-319/02, Rec. p. I- 7477, apartado 29, y de 1 de diciembre de 2011, Comisión/Bélgica, C-250/08, Rec. p. I-0000, apartado 51).

Por ello se ha resuelto por el Tribunal que corresponde a cada Estado miembro organizar, respetando el Derecho de la Unión, su sistema de tributación de los beneficios distribuidos. Sin embargo, cuando una normativa fiscal nacional establece un criterio de distinción para la tributación de los beneficios distribuidos, para apreciar si las situaciones son comparables debe tenerse en cuenta ese criterio ( Sentencias de 14 de diciembre de 2006, Denavit Internationaal y Denavit France, C-170/05, Rec. p. I- 11949, apartados 34 y 35; de 18 de junio de 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha, C-303/07, Rec. p. I-5145, apartados 51 a 54; de 19 de noviembre de 2009, Comisión/Italia, C-540/07, Rec. p. I-10983, apartado 43, y de 20 de octubre de 2011, Comisión/Alemania, C-284/09, Rec. p. I-0000, apartado 60).

En el supuesto que nos ocupa la parte actora solicitó a la AEAT, mediante la presentación del Modelo 215, la solicitud de devolución del exceso que consideraba ingresado indebidamente en el 1T del ejercicio 2006, en concepto de IRNR. Dicho exceso se elevaba a la cantidad de 11.692 €, que es la suma por la que se practica la liquidación, al entenderse por la AEAT que fue correcta la retención del 15% de los dividendos obtenidos por sus

inversiones en España, en contra de lo que entendía la entidad actora sobre que debió tributar realmente al 1%, al ser el tipo aplicado a los fondos residentes en nuestro país.

La entidad actora ha gozado en este recurso de una evidente ventaja procesal ya que, ante la Sentencia desestimatoria, dictada en el pleito testigo 1009/2013, solicitó la continuación del procedimiento y no solo ha formulado diferentes alegaciones, índole formal, a las del citado pleito testigo, como hemos visto más arriba, sino que ha procedido a tratar de suplir la práctica de pruebas apreciada por la Sala en ese pleito testigo y a practicar las pruebas tendentes a acreditar su pretensión, según lo señalado por la Sala en la citada Sentencia, a la vista de la carencia de pruebas que justificasen la comparabilidad de su situación con la de las IIC españolas.

Si analizamos las pruebas practicadas en este recurso se aprecia, en primer lugar, que los memorándum e informes que constan en los Anexos II a IV de la documentación aportada no constituyen más que una valoración jurídica de un perito de que el fondo objeto de este recurso cumple todos los requisitos exigidos por la legislación estadounidense y que se dan las condiciones de comparabilidad con las IIC españolas, sin embargo esa valoración no la puede hacer un perito sino que corresponde a la Sala en función de las reales pruebas practicadas en el recurso. De ahí que la acreditación de las condiciones de comparabilidad solo se puede hacer por la efectiva práctica de pruebas de que se cumple con los requisitos exigidos por la legislación española y que se dan por ello las condiciones de comparabilidad.

En tal sentido, el extenso informe aportado con la demanda de D. Agustín, senior counsel del Investment Company Institute (ICI), en el que se hace un análisis de los fondos de inversión estadounidenses y se comparan con los fondos españoles y comunitarios, no puede tener el valor de acreditar tales circunstancias, ya que simplemente es un análisis de parte de la regulación, tanto estadounidense como española y comunitaria, sobre los fondos de inversión para acabar concluyendo que todos ellos tienen una regulación similar y que en el caso de la entidad actora, se cumplían todos los requisitos exigibles para que pudiera ser equiparada a un fondo de inversión español a efectos de su tratamiento fiscal. Sin embargo, esa opinión del perito, a la que se dedica una gran parte de la demanda, no puede ser suficiente, a juicio de esta Sala, para entender acreditado el cumplimiento por parte de la actora de todos los requisitos exigibles para que pudiésemos entender que se encontraba en una situación de comparabilidad con los fondos residentes en España, lo que podía haberse efectuado aportando los documentos necesarios para justificar tales extremos.

No debe olvidarse que, conforme a las reglas de la carga de la prueba que contiene el art. 105 LGT, era a la actora, que pretende una ventaja fiscal importante, como es la de tributar por los dividendos obtenidos en España al 1% en el IRNR, la que debía de haber hecho el esfuerzo de probar adecuadamente el cumplimiento de todos los requisitos, que se afirman, pero no se justifican documentalmente, a pesar también de la profusión de documentos aportados con la demanda.

Puede afirmarse, en consecuencia, que todos los documentos que justifican la regulación norteamericana de los fondos de inversión, debidamente traducidos, no pueden probar, por sí mismos, que la entidad actora cumplía todos los requisitos que la legislación estadounidense exige para los fondos de inversión norteamericanos y que en la demanda se asegura que se cumplen en su integridad, sin aportar las necesarias certificaciones que justificarían el beneficio fiscal pretendido al estar en igualdad de condiciones que los fondos de inversión españoles.

Los folletos o informaciones adicionales no pueden tener valor probatorio ya que ello solo podría lograrse si por la actora se hubiesen presentado las certificaciones correspondientes, acreditativas de los extremos que constan en ellas, ya que una cosa es la información suministrada a los inversores en un folleto explicativo de la organización, cumplimiento de requisitos y modo de operar de los fondos y otra diferente es que las auténticas características y elementos esenciales del fondo se prueben en sede judicial mediante los documentos idóneos para ello.

Sentado lo anterior, no se ha aportado por la actora ningún tipo de certificación sobre el registro de la misma en Estados Unidos y su dependencia del organismo regulador del mercado de capitales estadounidense Securities and Exchange Commission (SEC), a pesar de sus afirmaciones en tal sentido en la demanda.

Las leyes de Mercado de Valores de EEUU que constan en los Anexos V y siguientes solo constituyen prueba de esa legislación pero no del cumplimiento de la misma por la entidad actora.

En la documentación que aparece en el Anexo IX consta el Manual de supervisión de la SEC (órgano de control estadounidense), pero el mismo está en inglés con lo que es evidente que no puede tener eficacia alguna en este procedimiento al no estar debidamente traducida conforme a lo previsto en el art. 144 LEC.

En la carta obrante en el Anexo XI de un representante del International Revenue Service se afirma su disposición a facilitar las peticiones de información de las autoridades fiscales españolas, pero no consta que, en

concreto, se haya producido tal intercambio de información en este u otro caso similar y ni tan siquiera consta si esos cauces de información existían en 2006, fecha de devengo del tributo que nos ocupa.

Con la documentación obrante en el Anexo X no se justifica tampoco el registro de la entidad actora en EEUU y la supervisión de la misma por parte del SEC, ya que una cosa es la solicitud inicial y otra la real y la acreditación de la efectiva inscripción y de la documentación aportada se aprecia que los apartados de la solicitud aparecen en blanco, con lo que únicamente se acredita el modelo de carta para la solicitud al SEC de que se es una entidad supervisada por ese organismo.

Toda la documentación obrante en el Anexo VIII está sin traducir con lo que tampoco puede ser tenida en cuenta, conforme al art. 144 LEC .

En el Anexo XV, el informe que se aporta sobre las cuentas anuales del fondo está en inglés y en todo caso se refiere al ejercicio 2009 y no al que nos ocupa que el de 2006.

No se ha acreditado, en absoluto, el número de partícipes del fondo y cuales son sus componentes en concreto.

Tampoco está acreditado que exista una diversificación del riesgo o que las participaciones de la entidad actora sean recompradas o reembolsadas con cargo a activos del fondo, o la simple obligación de información periódica a los partícipes ya que, como se ha especificado más arriba, no se puede entender por la Sala que a estos efectos pueda tener virtualidad probatoria un mero folleto informativo o una ampliación del mismo en el que se haga constar que el fondo cumple con todos esos requisitos, cuando ni tan siquiera consta que el citado folleto se haya comunicado a las autoridades competentes y haya sido actualizado a la fecha del ejercicio que nos ocupa, tal como exigía en aquel momento la Directiva 85/611/CEE.

#### **Octavo.**

A continuación, debemos poner en relación todo lo analizado más arriba respecto del material probatorio aportado por la actora con los requisitos exigidos en España para las IIC financieras.

En tal sentido, el art. 25.1 f) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes determinaba, en la versión vigente en el ejercicio 2008, que tributarían al:

"f) El 18 por ciento cuando se trate de:

- 1.º Dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de una entidad.
- 2.º Intereses y otros rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios.
- 3.º Ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de transmisiones de elementos patrimoniales."

De hecho, según se desprende de los propios certificados de retenciones aportados con la demanda, la entidad actora tributó en un principio al 18% por los dividendos obtenidos en 2008, aunque posteriormente parece desprenderse de los citados certificados que se redujo la retención al 15%.

Tal tributación está contemplada en el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 22 de Febrero de 1990. ("Boletín Oficial del Estado" de 22 de diciembre de 1990.) en cuyo artículo 10 se determina:

#### "Artículo 10. *Dividendos*

1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, dichos dividendos podrán también someterse a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos, y conforme a la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del: a. 10 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que posea al menos el 25 por

100 de las acciones con derecho de voto de la sociedad que paga los dividendos. b. 15 por 100 del importe bruto de los dividendos en los demás casos."

Por otra parte , el artículo 28. 5 a) del Real Decreto Legislativo 3/2004 , por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, establece que:

"5. Tributarán al tipo del 1 por 100:

a) Las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre (RCL 2003, 2601) , de Instituciones de Inversión Colectiva, siempre que el número de accionistas requerido sea, como mínimo, el previsto en su artículo 9.4 .

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."

Está claro que para el legislador es un requisito de carácter esencial el que el número de partícipes sea el contemplado en el art. 5.4 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva , al tratarse en este caso la entidad actora, tal como se insiste en la demanda, de un fondo de inversión de carácter financiero y ese precepto determina con claridad que el número de partícipes no podrá ser inferior a 100, salvo que se trate de una IIC por compartimentos, que no parece ser el caso de la actora, aunque de todas forma, en ese último supuesto, también se deberán totalizar al menos 100 partícipes en el conjunto de la IIC.

La Directiva 85/611/CEE, en virtud de la que se introdujeron las IIC dentro de nuestro marco legal trasponiéndose sus disposiciones a la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, era la aplicable en 2006. En dicha Directiva se determinan una serie de requisitos que deben cumplir los IIC europeos, tales como que no puede invertirse más de un 5% en un mismo emisor, lo que no consta en este caso, o que los folletos informativos deben estar actualizados y comunicados a las autoridades competentes, lo que tampoco resulta acreditado, en modo alguno, en este recurso. La Directiva deja a los Estados Miembros la determinación del capital mínimo con que deberán contar los IIC.

En otro orden de cosas, el artículo 11 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva establece:

"Artículo 11. *Requisitos de acceso y ejercicio de la actividad, en su redacción vigente en el año 2006*

Serán requisitos necesarios para obtener y conservar la autorización:

1. Constituirse como sociedad anónima o como fondo de inversión.

a ) Limitar su objeto social a las actividades establecidas en esta Ley.

b) Disponer del capital social o patrimonio mínimos en el plazo y cuantía que reglamentariamente se determinen.

c) Contar con los accionistas o partícipes en el plazo y número legalmente exigible.

d) En el caso de los fondos de inversión, designar una sociedad gestora que cumpla lo previsto en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 43 de esta Ley. En el caso de las sociedades de inversión, si el capital social inicial mínimo no supera los 300.000 euros designar una SGIC.

e) Designar un depositario en el caso de los fondos de inversión y de las sociedades de inversión de capital variable previstas en el artículo 32 de esta Ley.

f) Tratándose de sociedades de inversión será necesario cumplir, además, los siguientes requisitos:

2 .Contar con una organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen, tanto aquéllos como éstos, la gestión correcta y prudente de la IIC, incluyendo procedimientos de gestión de riesgos, así como mecanismos de control y de seguridad en el ámbito informático y órganos y procedimientos para la prevención del blanqueo de capitales.

a )Que su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, esté situado en territorio español.

b) Que quienes ostenten cargos de administración o dirección en la entidad tengan una reconocida honorabilidad empresarial o profesional.

c) Se entenderá que no concurre honorabilidad empresarial o profesional en quienes hayan sido, en España o en el extranjero, declarados en quiebra o concurso de acreedores sin haber sido rehabilitados; quienes se encuentren procesados o, tratándose de los procedimientos a los que se refieren los títulos II y III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si se hubiera dictado auto de apertura del juicio oral; quienes tengan antecedentes penales por delitos de falsedad, contra la Hacienda Pública, insolvencia punible, de infidelidad en la custodia de documentos, de violación de secretos, de blanqueo de capitales, de malversación de caudales públicos, de descubrimiento y revelación de secretos, contra la propiedad; o quienes estén inhabilitados o suspendidos, penal o administrativamente, para ejercer cargos públicos o de administración o dirección de entidades financieras.

En el caso de los apoderados que no restrinjan el ámbito de su representación a áreas o materias específicas o ajenas a la actividad que constituye el objeto de la sociedad, el consejo de administración comprobará con anterioridad al otorgamiento del poder la concurrencia del requisito de la honorabilidad empresarial y profesional, y revocará los poderes otorgados cuando desaparezca este requisito.

Que la mayoría de los miembros de su consejo de administración o de sus comisiones ejecutivas, así como todos los consejeros delegados y directores generales y asimilados, cuenten con conocimientos y experiencia adecuados en materias relacionadas con el mercado de valores o con el objeto principal de inversión de la IIC en cuestión.

d) Contar con un reglamento interno de conducta en los términos previstos en el capítulo I del título VI de esta Ley.

e) Los requisitos previstos en los anteriores párrafos a), d) y e) no serán exigibles a las sociedades de inversión cuya gestión, administración y representación estén encomendadas a una SGIC.

En el caso de que se produzcan cambios en quienes desempeñen cargos de administración y dirección en la sociedad, los nuevos datos identificativos deberán comunicarse inmediatamente a la CNMV, que los hará públicos a través del correspondiente registro.

A los efectos de lo previsto en esta Ley, se considera que ostentan cargos de administración o dirección en una entidad sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración y aquellas personas que desarrollen en la entidad, de hecho o de derecho, funciones de alta dirección bajo la dependencia directa de su órgano de administración o de comisiones ejecutivas o consejeros delegados de la misma, incluidos los apoderados que no restrinjan el ámbito de su representación a áreas o materias específicas o ajenas a la actividad que constituye el objeto de la entidad."

Tal como hemos expresado más arriba, no consta ni el número concreto de participes de la entidad actora ni su capital social, al margen de una parte importante del resto de características o cumplimiento de requisitos del mismo que se determinan en el precepto reproducido, o en la Directiva 85/611/CEE, lo que debe implicar la conclusión final de que la entidad actora no ha acreditado que esté en una situación de igualdad con los fondos de inversión españoles, a los que se aplica el beneficio fiscal pretendido, ya que no ha probado que cumpla los requisitos mínimos exigidos por la legislación española para ello.

## Noveno.

En todo caso, y aunque solo con lo más arriba expresado sería suficiente para desestimar lo pretendido en el recurso contencioso administrativo, debemos entrar también al examen de si en este caso existía un marco jurídico aplicable suficiente para que las autoridades españolas pudiesen obtener información sobre los requisitos y características de los fondos de inversión con residencia fiscal en Estados Unidos.

No es objeto de discusión en el recurso que tal cuestión, en el año 2006 venía regulada en el art. 27 del Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta, hecho en Madrid el 22 de Febrero de 1990 que determinaba:

"Artículo 27. *Intercambio de información y asistencia administrativa*

1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán las informaciones necesarias para aplicar las disposiciones del presente Convenio o del Derecho interno de los Estados contratantes relativo a



los impuestos comprendidos en el Convenio, en la medida en que la imposición resultante no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no está limitado por el artículo 1.º (ámbito general). Las informaciones recibidas por un Estado contratante serán mantenidas secretas de igual forma que las informaciones obtenidas en base al Derecho interno de ese Estado, y sólo se comunicarán a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargados de la liquidación, recaudación o gestión de los impuestos comprendidos en el Convenio, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a dichos impuestos, o de la resolución de los recursos relativos a los mismos. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán la información para estos fines. Podrán revelar estas informaciones en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales.

2. En ningún caso las disposiciones del apartado 1 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

- a) Adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa o a las del otro Estado contratante;
- b) Suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal o de las del otro Estado contratante;
- c) Suministrar informaciones que revelen un secreto comercial, industrial o profesional, o un procedimiento comercial, o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público."

Dicho marco jurídico en el que se establece el deber de información entre los Estados contratantes era de carácter genérico y no servía de base para el suministro de la necesaria información entre ambos Estados, pues, prácticamente se reducía a una declaración de intenciones, dada la limitada obligación de información que contenía, y de ahí que se elaborase por los contratantes un nuevo Protocolo, de 14 de enero de 2013, que fue publicado en el BOE de 14 de julio de 2014 y que modifica el Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los Impuestos sobre la Renta, y su Protocolo, firmados en Madrid el 22 de febrero de 1990. El Memorando de entendimiento, hecho en Madrid el 14 de enero de 2013 determina en su Artículo XIII que:

"Se elimina el artículo 27 (Intercambio de información y asistencia administrativa) del Convenio, y se sustituye por el siguiente:

«ARTÍCULO 27 *Intercambio de información y asistencia administrativa*

1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información que previsiblemente pueda resultar de interés para aplicar lo dispuesto en este Convenio o para la administración o la aplicación del Derecho interno relativo a los impuestos de cualquier naturaleza o denominación exigibles por los Estados contratantes, en la medida en que la imposición así exigida no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no está limitado por el apartado 1 del artículo 1 (Ámbito general) o el artículo 2 (Impuestos comprendidos).

2. La información recibida por un Estado contratante en virtud de este artículo se mantendrá en secreto en igual forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se comunicará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) que intervengan en la gestión o recaudación de los impuestos a los que se hace referencia en el apartado 1 de este artículo, en su aplicación efectiva o en la persecución del incumplimiento relativo a dichos impuestos, en la resolución de los recursos relativos a los mismos, o en la supervisión de tales actividades. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para dichos fines.

Podrán revelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales. La autoridad competente del Estado contratante que reciba la información en virtud de este artículo puede, con el consentimiento por escrito del Estado contratante que facilita la información, hacerla accesible para su utilización a otros efectos permitidos por las disposiciones de un acuerdo sobre asistencia jurídica mutua en vigor entre los Estados contratantes que permita el intercambio de información tributaria.

3. En ningún caso las disposiciones de los apartados anteriores pueden interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

(a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación y práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante;

(b) suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado contratante;

(c) suministrar información que revele un secreto empresarial, industrial, comercial o profesional, o un procedimiento industrial, o información cuya comunicación sea contraria al orden público.

4. Cuando un Estado contratante solicite información en virtud de este artículo, el otro Estado contratante utilizará las medidas para recabar información de que disponga con el fin de obtener la información solicitada, aun cuando este otro Estado pueda no necesitar dicha información para sus propios fines tributarios. La obligación precedente está limitada por lo dispuesto en el apartado 3 de este artículo, pero en ningún caso los Estados contratantes podrán interpretar tales limitaciones como base para denegar el intercambio de información exclusivamente por la ausencia de interés nacional en la misma.

5. En ningún caso las disposiciones del apartado 3 de este artículo se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante denegar el intercambio de información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria, incluidos los agentes designados, o porque esté relacionada con acciones o participaciones en una persona.

6. Si así lo solicita expresamente la autoridad competente de un Estado contratante, la autoridad competente del otro Estado contratante proporcionará, cuando sea posible, información en virtud de este artículo en forma de declaraciones de testigos y de copias autenticadas de documentos originales (incluidos los libros, documentos, declaraciones, registros, contabilidad y escritos) en la misma medida en que tales declaraciones y documentos puedan obtenerse en aplicación de la legislación y la práctica administrativa de ese otro Estado contratante respecto de sus propios impuestos.

7. Cada Estado contratante hará lo posible por recaudar en nombre del otro Estado contratante aquellos importes que sean precisos para garantizar que no se conceden las exenciones o los tipos reducidos previstos en el Convenio, respecto del impuesto exigido por ese otro Estado, a las personas que no tengan derecho a dichos beneficios. Este apartado no implicará para un Estado contratante la obligación de llevar a cabo medidas administrativas:

- (a) que discrepen de la legislación y práctica administrativa de cualquiera de los Estados contratantes, o
- (b) que pudieran ser contrarias a su soberanía, seguridad u orden público.

8. Las autoridades competentes de los Estados contratantes podrán llegar a un acuerdo sobre el modo de aplicación de este artículo, incluido un acuerdo que garantice niveles de asistencia parejos entre los Estados contratantes, pero en ningún caso la ausencia de dicho acuerdo exonera a un Estado contratante del cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de este artículo."

Resulta palpable que el nuevo artículo, que no podía ser de aplicación en el ejercicio 2006, pasa de tener dos apartados a ocho para que los mecanismos de información pudieran ser asimilables a los exigidos por la Unión Europea y así evitar la imposición por parte de las autoridades españolas de restricciones a las inversiones en España de los fondos estadounidenses. A partir de la entrada en vigor del nuevo artículo 27, la obligación de información es de carácter general y no limitada a determinados aspectos como sucedían en el antiguo, estableciendo la obligación de proporcionar la información solicitada sin poder escudarse en el Estado puede no necesitar la información para sus fines tributarios o porque la información obre en poder de bancos u otras instituciones financieras.

Es evidente que, dados los términos del nuevo artículo 27 del Convenio, el antiguo no reunía los estándares mínimos de información exigibles conforme a la Directiva del Consejo de 19 de diciembre de 1977, relativa a la

asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos (77/799/CEE) que era de aplicación en el ejercicio 2006, año del devengo del tributo.

Todo lo expresado anteriormente y tal como ya expusimos en la Sentencia número 832, de 7 de julio de 2015, dictada en el recurso 1007, de esta misma ponente, debe conducirnos a la conclusión de que en el ejercicio 2006 no existía un cauce legal adecuado para el intercambio de información entre España y los Estados Unidos de América, lo que imposibilitaba que por las autoridades españolas se pudiese obtener la información necesaria para poder examinar si los fondos de inversión con residencia en ese Estado cumplían con los requisitos necesarios para que pudiesen ser equiparados, a efectos de tributación, con los fondos de inversión españoles.

Por ello, no puede resultar de aplicación a este supuesto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de abril de 2014 (Asunto C190/12), alegada por la actora en la demanda, que falló que un Estado Miembro no puede excluir la exención fiscal de los dividendos pagados por sociedades establecidas en su territorio a favor de un fondo de inversión, si existe una obligación de asistencia mutua entre ambos Estados, dado que dicha obligación de asistencia mutua no existía en 2006, tal como hemos visto más arriba.

De ahí que, ni desde el punto de vista de la comparabilidad, ni desde el del suministro obligatorio de la necesaria información, pueda entenderse que por España se ha restringido la libre circulación de capitales de los fondos de inversión recurrentes, en consonancia con la jurisprudencia del TJUE más arriba aludida, y en consecuencia, cabe desestimar íntegramente el recurso contencioso administrativo y confirmar la resolución del TEAR.

## Décimo.

Las costas procesales causadas deben ser impuestas a la entidad actora, al ser desestimado el recurso contencioso administrativo, conforme a lo previsto en el art. 139 LJ.

## FALLAMOS

Que debemos de desestimar y desestimamos íntegramente el recurso contencioso administrativo interpuesto por CONTINENTAL SMALL CO SERIES de DFA INVESTMENT DIMENSIONS GROUP INC, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Soledad Gallo Sallent, contra la Resolución de 29 de mayo de 2013 del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, en la reclamación NUM000, interpuesta por el concepto de Impuesto sobre la Renta No Residentes, Resolución que confirmamos, por ser conforme a derecho, con expresa imposición de las costas procesales causadas a la parte actora.

Notifíquese esta resolución conforme dispone el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, expresando que contra la misma cabe interponer recurso de casación cumpliendo los requisitos establecidos en los art. 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN:** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, hallándose celebrando audiencia pública el día en la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.