

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ064559

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Sentencia 831/2015, de 7 de julio de 2015

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 1009/2013

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. Según la jurisprudencia comunitaria, la restricción a la libre circulación de capitales y la discriminación que implica la imposición de un régimen fiscal más gravoso a una institución de inversión colectiva no residente que a una institución de inversión colectiva residente en la Unión Europea cuando ambas perciben dividendos de la misma fuente, se justifica cuando no existe convenio para evitar la doble imposición o cuando existe no contiene disposición relativa al intercambio de información fiscal o es insuficiente la que contiene y no hay otro instrumento de información tributaria recíproca. Pues bien, en el supuesto de autos, no se cumple la exigencia jurisprudencial relativa a la existencia de una cláusula o instrumento de información fiscal recíproca de España con los Estados Unidos en el momento del devengo del Impuesto que impida que por razones de interés general para evitar el fraude fiscal se puedan imponer restricciones a la libre circulación de capitales mediante la imposición un régimen tributario más gravoso a las entidades o instituciones de inversión colectiva que perciben dividendos de fuente española residentes en Estados Unidos que a las que residen en España y perciben dividendos de la misma fuente. Estima la actora que entre los dos países existen instrumentos o mecanismos de información fiscal recíproca suficientes, pero la nueva redacción dada por el Protocolo de 14 de enero 2013 al art. 27 del Convenio de 22 de febrero de 1990 no se encontraba en vigor y el examen de la redacción anterior de dicho artículo sobre intercambio de información y asistencia administrativa evidencia que el intercambio de información se circunscribía en exclusiva al ámbito del Convenio y era insuficiente para eludir el tratamiento fiscal diferenciado. Ni estaban en vigor tampoco el Protocolo de Enmienda del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal de 27 de mayo de 2010, ni el Acuerdo para la Mejora del Cumplimiento Fiscal Internacional y la aplicación de la Ley estadounidense Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), ni tampoco el Convenio Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal.

PRECEPTOS:

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

Ley 58/2003 (LGT), art. 105.

Tratado de 25 de marzo de 1957 (Funcionamiento de la UE), arts. 18, 63, 64 y 65.

RDLeg. 5/2004 (TR Ley IRNR), arts. 13.1 f), 25 y 31.

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

Ley 35/2003 (Instituciones de Inversión Colectiva), arts. 1, 5, 9, 10 y 11.

RD 1309/2005 (Rgto Instituciones de Inversión Colectiva), art. 50.

Constitución Española, arts. 93 y 96.

PONENTE:*Doña Antonia de la Peña Elías.***Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009710

NIG: 28.079.00.3-2013/0019068

Procedimiento Ordinario 1009/2013

Demandante: DFA INTERNATIONAL SMALL CAP VALUE PORTFOLIO (ISCV) 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.: 1009-2013

PROCURADOR : Doña Soledad Gallo Sallent

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

En la Villa de Madrid a 7 de Julio de 2015

Visto por la Sala del margen el recurso núm. 1009-2013 interpuesto por DFA INTERNATIONAL SMALL CAP VALUE PORTFOLIO ISCV DE DFA INVESTMENT DIMENSIONS GROUP representado por la procuradora Doña Sol Gallo Sallent contra fallo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid que desestimó la

reclamación económico administrativa interpuesta contra la liquidación provisional número G2885012003332 practicada por la Unidad de Gestión de Grandes Empresas de la Delegación Especial de Madrid, interpuesta por el concepto de IRNR 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, y después de cumplidos los trámites preceptivos, formalizó la demanda que basaba sustancialmente en los hechos del expediente administrativo, citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso, y concluyó con la suplica 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: Se dio traslado al Abogado del Estado, para contestación de la demanda y alegó a su derecho lo que consideró oportuno, y solicitó la confirmación en todos sus extremos del acuerdo recurrido.

TERCERO: Estimándose necesario el recibimiento a prueba y una vez practicadas las mismas, se emplazó a las partes para que evacuaran el trámite de conclusiones, lo que llevaron a efecto en tiempo y forma, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 7-7-2015 en que tuvo lugar, quedando el recurso concluso para Sentencia.

Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DÑA. María Antonia de la Peña Elías.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

La representación procesal de la representación en España de la entidad no residente actora DFA INTERNATIONAL SMALL CAP VALUE PORTFOLIO ISCVF DE DFA INVESTMENT DIMENSIONS GROUP impugna la resolución de 29 de mayo de 2013, dictada por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, que desestimó la reclamación económico administrativa interpuesta contra la liquidación provisional número G2885012003332 practicada por la Unidad de Gestión de Grandes Empresas de la Delegación Especial de Madrid en concepto de Impuesto de la Renta de No Residentes correspondiente al segundo trimestre del ejercicio 2006 por importe de 21.509,62 €.

En esta resolución se estima que en relación al procedimiento aplicable para obtener la devolución de las retenciones por la entidad reclamante, se trata de la devolución de un impuesto conforme a las normas reguladoras del mismo y por tanto el único efecto que conlleva la superación del plazo de seis meses en su resolución es el devengo de intereses de acuerdo con el artículo 31.2 de la LGT pero no el silencio positivo en el reconocimiento del derecho reclamado; tampoco concurre falta de motivación contra el artículo 102.2.c) de la LGT porque la reclamante conoce la regularización practicada y en base a que normas y ha podido defenderse y alegar en su contra y en cuanto al fondo, debe analizarse la discriminación que se alega y que en caso de producirse causaría la correspondiente devolución por razón del tipo de gravamen y de la cuota diferencial.

El tipo de gravamen aplicable a las Instituciones de Inversión Colectiva residentes se establece por el artículo 28 del TRLIS en el 1% y el tipo de gravamen que se aplica sobre los dividendos percibidos por entidades no residentes sin mediación de establecimiento permanente es fijado por el artículo 25 del TRLIRNR en el 15% hasta el 31 de diciembre de 2006, este tratamiento fiscal diferenciado y más gravoso para que no pugne con la libertad fundamental de la libre circulación de capitales del artículo 56 del CE y 63 del TFUE, tiene su justificación de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en el interés general para evitar el fraude fiscal cuando no existe cláusula de información recíproca entre el Estado miembro y el tercer Estado implicados, puesto que la Directiva 77/799/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1977 se puede invocar por cualquier Estado miembro para obtener de otro Estado miembro toda la información y datos necesarios para correcta liquidación de los impuestos, sentencias recaídas en los asuntos C-540/07 y C-101/05. Nos encontramos con una sociedad residente en USA que no integra la UE y aunque existe convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta suscritos entre el reino de España y los Estados Unidos de América de 1990, el artículo 27 del mismo contempla intercambio de información y asistencia administrativa que no son comparables en amplitud e intensidad con las que contempla la Directiva 77/799/CEE entre los Estados miembros; en cuanto a la alegación de que se

aportan pruebas suficientes para justificar la no validez de las retenciones soportadas no la analiza por las razones expuestas que resultan irrelevantes y tampoco procede planteamiento de cuestión prejudicial del artículo 234 del TFUE porque de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE no procede cuando la correcta aplicación del derecho comunitario pueda imponerse con tal evidencia que no deje ninguna duda razonable sobre la manera de resolver la cuestión.

Segundo.

La parte actora solicita de la Sala que se dicte sentencia estimatoria del recurso que en virtud de los fundamentos alegados revoque la resolución con imposición de costas a la Administración si con mala fe o temeridad se opusiera a la demanda y en síntesis alega que la resolución del TEAR de Madrid recurrida se debe anular por ser incongruente con la resolución de la AEAT y genera indefensión y en desarrollo de esta alegación afirma que se produce un cambio de fundamentación y frente a las normas de derecho interno que se invocan en la liquidación provisional, se apoya en el derecho comunitario y desecha la fundamentación de la AEAT invocando el interés general el fraude fiscal y la insuficiencia de información recíproca con USA para justificar el trato fiscal discriminatorio y las restricciones a la libre circulación de capitales e invoca al efecto sentencias de los TSJ de Murcia y Valladolid.

En segundo lugar aduce la inexistencia de justificación de la restricción a la libre circulación de capitales por razones de interés general y de lucha contra el fraude. El TEAR de Madrid en el acuerdo recurrido parte de la premisa de que un tratamiento fiscal diferenciado y más gravoso de los dividendos de fuente española percibidos por una institución de inversión colectiva no residente domiciliado en este caso en USA que el que se reconoce a la institución residente que percibe los mismos dividendos constituye una restricción a la libre circulación de capitales pero esta discriminación es contraria al derecho comunitario solo cuando se aplica entre estados miembros y no lo es en relación a terceros estados por razón del interés general amparado en la lucha contra el fraude fiscal en ausencia de información recíproca y se basa en las sentencias recaídas en los asuntos C-540/07 y C-101/2005, sentencias en las que se reconoce que no había intercambio de información fiscal ni convenios para evitar la doble imposición. Ella sin embargo sostiene que no existe justificación y se restringe la libre circulación de capitales porque el TEAR no analiza la situación entre España y Estados Unidos entre los que si existen instrumentos de efectivo intercambio de información fiscal, incluso el propio TJUE en la sentencia del asunto C-181/12 el TJUE no admite el interés general de la lucha contra el fraude fiscal para justificar un tratamiento fiscal discriminatorio a residentes de terceros países por el principio de proporcionalidad. Entre España y los Estados Unidos de América existe el Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos de la renta, de 22 de febrero de 1990, que contiene una cláusula de información y asistencia administrativa en el artículo 27 que no se limita a las disposiciones del convenio sino tiene un ámbito más amplio y además se ajusta a los comentarios al artículo 26 del Convenio Modelo de la OCDE, dicho artículo 27 ha sido redactado por el Protocolo que modifica el Convenio de 14 de enero de 2013 e introduce los estándares más elevados y más amplios en materia de intercambio de información fiscal establecidos en estos convenios, puesto que comprende toda la información que fuera necesaria en la aplicación del convenio para la Administración y la aplicación del derecho interno que regula los impuestos de cualquier naturaleza o denominación exigibles por los estados contratantes y no resulte contraria al convenio y su alcance temporal según los comentarios al artículo 26 del Convenio Modelo de la OCDE se extiende a situaciones anteriores a su vigencia siempre que se trata de información suministrada después de la entrada en vigor del convenio y su artículo 25 establece el principio de no discriminación, existe además el Acuerdo suscrito entre los dos países para la mejora del cumplimiento fiscal internacional y la implementación de la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) por el que se individualiza la obligación de obtener e intercambiar los datos procesados por las entidades financieras respecto de la cuentas sujetas a comunicación e información, en tercer lugar existe suscrito por ambos países, el Convenio Multilateral sobre asistencia administrativa mutua en materias fiscales OCDE-Consejo de Europa, que comprende, previa petición, intercambio de información, inspecciones tributarias, asistencia en la recaudación, medidas cautelares y notificaciones.

Sostiene también que es una institución de inversión colectiva comparable a las instituciones de inversión colectiva constituida conforme a las leyes españolas que disfrutan del tipo de gravamen del 1% y ha aportado las pruebas documentales acreditativas de su condición de institución de inversión colectiva estadounidense y su autorización y régimen general regulatorio aplicable no valoradas.

Solicita que se plantee cuestión prejudicial ante el TJUE ya que no existe la claridad necesaria en la aplicación del derecho comunitario ni hay precedente con el que existe identidad o en otro caso se suspenda el

recurso hasta la resolución del asunto C-190/12 Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, planteado por órgano judicial de Polonia, por relacionarse con el caso de autos

Y en caso de estimarse el litigio y la procedencia de la devolución de las retenciones, según el artículo 32.2 de la LGT deberán abonarse intereses de demora desde el 21 de enero de 2009, seis meses después de la declaración.

Tercero.

El Abogado del Estado se opone al recurso porque el acuerdo recurrido no altera el objeto de la reclamación económico administrativa y se trata de otra motivación perfectamente admisible en consonancia con lo planteado por la propia parte actora sobre la aplicación del derecho comunitario, dando respuesta cumplida a lo planteado según el artículo 239.2 de la LGT .

En cuanto al fondo, sostiene que el TJUE no admite la discriminación entre entidades de inversión colectiva que perciben dividendos residentes en los estados miembros de la UE, sentencias recaída en el asunto C-48/11, que transcribe en la parte que considera de aplicación, pero no sucede lo mismo con las entidades residentes de terceros estados, sentencias de los asuntos C-194/2006, C-101/05 y otras en que se justifica dicho trato y la restricción de la libre circulación de capitales en el interés general para evitar el fraude fiscal cuando no existe convenio para evitar la doble imposición o pese a su existencia no hay suficiente información fiscal recíproca y así sucede con USA pues la modificación del artículo 27 por el protocolo de 14 de enero de 2013 aun no estaba incorporado al ordenamiento español y demuestra que antes no existían los mecanismos de información recíproca necesarios ni se encontraban en vigor ni eran aplicables en 2006 los demás tratados internacionales que se invocan.

Además no se ha acreditado que la situación de la actora sea similar a la SICAV española en cuyo caso podría discutirse el problema de la discriminación y de la aplicación del mismo tratamiento fiscal. El análisis de la comparabilidad viene exigido por la propia jurisprudencia comunitaria y la parte actora a la que incumbía la carga de la prueba del artículo 105 no ha probado esa similitud y tampoco se justifica el contenido y la vigencia del derecho extranjero que impone el artículo 281 de la LEC .

No procede el planteamiento de cuestión prejudicial dada la claridad del derecho comunitario y la existencia de jurisprudencia aplicable ni la suspensión del procedimiento porque no se acredita la necesaria identidad y el tribunal cuenta con elementos de juicio suficientes para resolver.

Cuarto.

En este recurso se discute la legalidad del acuerdo del TEAR de Madrid que confirmo la liquidación provisional girada a la entidad actora en concepto de Impuesto sobre la Renta de No Residentes (no residentes sin establecimiento permanente) correspondiente al segundo trimestre del ejercicio 2006.

En liquidación provisional recurrida en origen, recaída en un procedimiento de gestión de verificación de datos, se declara la improcedencia de la devolución de las retenciones practicadas por las entidades residentes pagadoras de dividendos en el segundo trimestre de 2006 por importe de 21.509,62 € a la entidad actora residente en Estados Unidos de América, de acuerdo con los artículos 3 y 4 y 31 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes , aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, artículo 15.3 del Real Decreto 1176/2004 y el artículo 10.1 del Convenio para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio, firmado por España y Estados Unidos de América, los dividendos pagados por una sociedad residente en España a un residente de Estados Unidos también se pueden someter a imposición en España y de acuerdo con la legislación española, pero siendo el beneficiario efectivo de estos dividendos el residente en Estados Unidos, el impuesto así exigido no puede exceder del 15% del importe bruto de los dividendos, salvo que la beneficiaria sea una sociedad que posea al menos el 25% del capital de la sociedad que los abona que entonces no puede exceder del 10%,

La motivación de dicha liquidación es la siguiente: los certificados de residencia fiscal no están en la lengua oficial, la documentación justificativa aportada por el contribuyente no cumple los requisitos exigibles según la normativa aplicable indicada y con los documentos que se aportan no es posible contrastar la realidad de las retenciones incluidas por el mismo y no puede acreditarse la procedencia de aplicar las mismas en su declaración en los términos declarados por el mismo.

Quinto.

La parte actora plantea en primer lugar la nulidad del acuerdo recurrido porque, según su parecer, incurre en incongruencia en relación a la liquidación provisional por el cambio de razonamientos y argumentos jurídicos sin posibilidad de defensa y de prueba, pues la liquidación provisional se basa en la aplicación del derecho interno y del Convenio para evitar la doble imposición en materia de renta y patrimonio suscrito entre España y Estados Unidos y el acuerdo del TEAR de Madrid directamente recurrido no tiene en cuenta el derecho interno y se basa en el Derecho Comunitario y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE en adelante.

Pero tal como revela el expediente administrativo cuando la parte actora discrepa de la liquidación provisional de referencia y la recurre en vía económico administrativa, dando origen a la reclamación desestimada por el acuerdo recurrido, al referirse a la incompatibilidad de la normativa española del IRNR con la normativa comunitaria, alega la contravención de la normativa comunitaria de aplicación directa en España, por el tratamiento fiscal diferenciado a las SICAV residentes y las no residentes en cuanto al derecho a la no discriminación y a la libre circulación de capitales de los artículos 12 y 56 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que luego desarrolla procediendo al examen de la jurisprudencia del TJUE, por lo que el análisis que hace el TEAR no incurre en incongruencia y está en consonancia con lo que alegaba la parte reclamante, con respeto a lo que establece el artículo 239.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre y sin indefensión alguna; tampoco existe falta de motivación puesto que la recurrente conoce los hechos y las causas de la regularización practicada.

Sexto.

Para resolver las cuestiones de fondo que se suscitan en este litigio comenzamos con exponer la normativa aplicable.

En el derecho interno:

El Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes

A tenor del artículo 13.1.f) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, 1. Se consideran rentas obtenidas en territorio español las siguientes (...). f) Los siguientes rendimientos de capital mobiliario: 1.º Los dividendos y otros rendimientos derivados de la participación en los fondos propios de entidades residentes en España, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 118 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo

En cuanto a la obligación de retener e ingresar a cuenta, el artículo 31 del mismo Real Decreto Legislativo dispone:

Artículo 31 *Obligación de retener e ingresar a cuenta*

1. Estarán obligados a practicar retención e ingreso a cuenta respecto de las rentas sujetas a este impuesto que satisfagan o abonen:

a) Las entidades, incluidas las entidades en régimen de atribución, residentes en territorio español (...)

Y añade en el número 2. Los sujetos obligados a retener deberán retener o ingresar a cuenta una cantidad equivalente a la que resulte de aplicar las disposiciones previstas en esta Ley para determinar la deuda tributaria correspondiente a los contribuyentes por este impuesto sin establecimiento permanente o las establecidas en un convenio para evitar la doble imposición que resulte aplicable, sin tener en consideración lo dispuesto en los artículos 24.2, 24.6, 26 y 44. Sin perjuicio de lo anterior, para el cálculo del ingreso a cuenta se estará a lo dispuesto reglamentariamente.

El Reglamento del Impuesto sobre la Renta de No Residentes

Por su parte el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de No Residentes aprobado por el Real Decreto 1776/2004, de 30 de julio, en el artículo 13, establece con carácter general, la base para el cálculo de la obligación de retener se determinará de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 31 de la Ley del Impuesto.

Las Instituciones de Inversión Colectiva

El Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades

En cuanto a las instituciones de inversión colectiva, el artículo 28.5 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, regula el tipo de gravamen aplicable y a tenor del mismo 5. Tributarán al tipo del 1 por ciento: a) Las sociedades de inversión de capital variable reguladas por la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, 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 (...).

La Ley de Instituciones de Inversión Colectiva

La Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, en su artículo 1 las define del modo siguiente: 1. Son Instituciones de Inversión Colectiva (IIC, en adelante) aquellas que tienen por objeto la captación de fondos, bienes o derechos del público para gestionarlos e invertirlos en bienes, derechos, valores u otros instrumentos, financieros o no, siempre que el rendimiento del inversor se establezca en función de los resultados colectivos y según el 2. Las IIC revestirán la forma de sociedad de inversión o fondo de inversión

En el artículo 9 se refiere a las sociedades de inversión colectiva y dispone que

1. Las sociedades de inversión son aquellas IIC que adoptan la forma de sociedad anónima y cuyo objeto social es el descrito en el artículo 1 de esta ley.

Podrán crearse sociedades de inversión por compartimentos en los que bajo un único contrato constitutivo y estatutos sociales se agrupen dos o más compartimentos, debiendo quedar reflejada esta circunstancia expresamente en dichos documentos. La parte del capital de la sociedad correspondiente a cada compartimento responderá exclusivamente de los costes, gastos y obligaciones atribuidos expresamente a un compartimento y de los costes, gastos y obligaciones que no hayan sido atribuidos expresamente a un compartimento, en la parte proporcional que se establezca en los estatutos sociales. Cada compartimento recibirá una denominación específica en la que necesariamente deberá incluirse la denominación de la sociedad de inversión. Cada compartimento dará lugar a la emisión de acciones o de diferentes series de acciones, representativas de la parte del capital social que les sea atribuida. A los compartimentos les serán individualmente aplicables todas las previsiones de esta ley con las especificidades que se establezcan reglamentariamente en lo referido, entre otros, al número mínimo de accionistas, capital social mínimo y requisitos de distribución del mismo entre los accionistas.

2. Las sociedades de inversión se regirán por lo establecido en esta ley y, en lo no previsto en ella, por lo dispuesto en el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre (en adelante, la Ley de Sociedades Anónimas).

3. El capital de las sociedades de inversión habrá de estar íntegramente suscrito y desembolsado desde su constitución, y se representará mediante acciones. Podrán emitirse diferentes series de acciones que se diferenciarán por las comisiones que les sean aplicables. Las acciones pertenecientes a una misma serie tendrán igual valor nominal y conferirán los mismos derechos. Asimismo, cada una de estas series recibirá una denominación específica, que irá precedida de la denominación de la sociedad y, en su caso, del compartimento. Dichas acciones podrán estar representadas mediante títulos nominativos o mediante anotaciones en cuenta.

4. El número de accionistas de las sociedades de inversión no podrá ser inferior a 100. Reglamentariamente podrá disponerse un umbral distinto, atendiendo a los distintos tipos de activos en que la sociedad materialice sus inversiones, a la naturaleza de los accionistas o a la liquidez de la sociedad. Asimismo, reglamentariamente podrán establecerse requisitos adicionales de distribución del capital social entre los accionistas. Las sociedades no constituidas por los procedimientos de fundación sucesiva y de suscripción pública de participaciones dispondrán de un plazo de un año, contado a partir de su inscripción en el correspondiente registro administrativo, para alcanzar la cifra mínima prevista en el párrafo anterior.

El artículo 10 atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, CNMV en adelante, autorizar o no el proyecto de constitución de las sociedades y fondos de inversión y las IIC no podrán dar comienzo a su actividad hasta que no se hayan inscrito en el registro administrativo de la CNMV y se haya procedido al registro del folleto informativo correspondiente a la Institución. La inscripción de los fondos de inversión en el Registro Mercantil será potestativa.

Según el artículo 11, las instituciones de inversión colectiva deberán cumplir para obtener y conservar la autorización los siguientes requisitos:

- a) Constituirse como sociedad anónima o como fondo de inversión.
- b) Limitar su objeto social a las actividades establecidas en esta ley.
- c) Disponer del capital social o patrimonio mínimos en el plazo y cuantía que reglamentariamente se determinen.
- d) Contar con los accionistas o partícipes en el plazo y número legalmente exigible.
- e) 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 SGIIIC (sociedad gestora).
- f) 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.

2. Tratándose de sociedades de inversión será necesario cumplir, además, los siguientes requisitos:

- a) Contar con una organización administrativa y contable, así como con procedimientos de control interno adecuados que garanticen, tanto aquellos 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.
- b) Que su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, esté situado en territorio español.
- c) Que quienes ostenten cargos de administración o dirección en la entidad tengan una reconocida honorabilidad empresarial o profesional. 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 revocarán los poderes otorgados cuando desaparezca este requisito.
- d) 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.
- e) Contar con un reglamento interno de conducta en los términos previstos en el capítulo I del título VI de esta ley.

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 SGIIIC.

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.

3. 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.

El Reglamento de la Ley 35/2003

El Reglamento 1309/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley 35/2003 y se adapta el régimen tributario de las instituciones de inversión colectiva, en el artículo 50 se refiere a la modalidad de las sociedades de inversión de capital variable, a su capital social y a las obligaciones frente a terceros, estableciendo al efecto que:

1. Son sociedades de inversión de capital variable las IIC de carácter financiero que adopten la forma societaria.

2. El capital mínimo desembolsado de las SICAV será de 2.400.000 euros y deberá ser mantenido mientras la sociedad figure inscrita en el registro, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 16.1. El capital inicial deberá estar íntegramente suscrito y desembolsado desde el momento de la constitución de la sociedad. El capital estatutario máximo no podrá superar en más de 10 veces el capital inicial.

En el caso de SICAV por compartimentos, cada uno de los compartimentos deberá tener un capital mínimo desembolsado de 480.000 euros, sin que, en ningún caso, el capital total mínimo desembolsado sea inferior a 2.400.000 euros.

3. La disminución o el aumento del capital mínimo y el aumento o disminución del estatutario máximo deberán acordarse por la junta general, con los requisitos establecidos por el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

4. Las acciones representativas del capital estatutario máximo que no estén suscritas, o las que posteriormente haya adquirido la sociedad, se mantendrán en cartera hasta que sean puestas en circulación por los órganos gestores. Las acciones en cartera deberán estar en poder del depositario. El ejercicio de los derechos incorporados a las acciones en cartera quedará en suspenso hasta que hayan sido suscritas y desembolsadas.

5. Las aportaciones para la constitución del capital social se realizarán exclusivamente en dinero, valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en los demás activos financieros que, de acuerdo con las reglas de cada institución, resulten aptos para la inversión o para dar cumplimiento al principio de liquidez. Las aportaciones de valores y demás activos financieros estarán sujetas a las normas sobre la política de inversión establecida en este reglamento.

El Convenio para evitar la doble imposición entre España y los Estados Unidos de América

La regulación que nos interesa se completa con el Instrumento de Ratificación 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 (BOE de 22/12/1990), que en su artículo 10 relativo a la imposición de dividendos, dispone:

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 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.

Este apartado no afecta a la imposición de la Sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos.

3. El término «dividendos» empleado en el presente artículo significa los rendimientos de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado en que resida la sociedad que los distribuye. El término «dividendos» incluye también los rendimientos de otras operaciones, incluso las de crédito, que atribuyan el derecho a participación en los beneficios, en la medida en que se consideren como tales por la legislación del Estado contratante del que procedan los rendimientos.

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no serán aplicables si el beneficiario efectivo de los dividendos, residente de un Estado contratante, ejerce o ha ejercido en el otro Estado contratante del que es residente la sociedad que paga los dividendos una actividad industrial o comercial mediante un establecimiento permanente

situado en ese otro Estado, o presta o ha prestado en ese otro Estado servicios personales independientes mediante una base fija situada en el mismo, y los dividendos son imputables a dicho establecimiento permanente o base fija. En tal caso se aplicarán las disposiciones del artículo 7 (beneficios empresariales) o del artículo 15 (servicios personales independientes), según proceda.

5. Un Estado contratante no podrá exigir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por una sociedad que no sea residente de ese Estado, salvo en la medida en que los dividendos se paguen a un residente de ese Estado o sean imputables a un establecimiento permanente o a una base fija situada en ese Estado.

Y en el texto original del artículo 27 del mismo Convenio se establece:

1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán las informaciones necesarias para aplicar las disposiciones del presente e 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 (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.

La Normativa Comunitaria.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea proscribire toda discriminación por razón de la nacionalidad en el artículo 18 en que establece:

Artículo 18. (antiguo artículo 12 TCE)

En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones.

La libre circulación de capitales se consagra en el artículo 63 y sus posibles restricciones se recogen en el artículo 65, del modo siguiente:

Artículo 63. (antiguo artículo 56 TCE)

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

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

Artículo 65. (antiguo artículo 58 TCE)

1. Lo dispuesto en el artículo 63 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;
- 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.

2. Las disposiciones del presente capítulo no serán obstáculo para la aplicación de restricciones del derecho de establecimiento compatibles con los Tratados.

3. Las medidas y procedimientos a que se hace referencia en los apartados 1 y 2 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.

Directivas

En cuanto a las Directivas que resultan de aplicación son la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1977, sobre asistencia mutua de intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos e indirectos y la Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, que contiene las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre organismos de inversión colectiva de valores mobiliarios OICVM y 88/361/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1988 sobre liberalización de movimiento de capitales.

Séptimo.

La referencia a la primacía y directa aplicación del derecho comunitario por los órganos judiciales de los Estados miembros resulta obligada.

Tal como se destaca en las sentencias de esta Sección recaídas en los recursos 421/2006 y 318/11, el Tribunal Constitucional ha reconocido la integración del Derecho comunitario en el ordenamiento español conforme el artículo 96 de la Constitución, así como la obligación que compete a todo juez nacional de aplicarlo y su primacía en caso de conflicto (sentencia 120/1998 de 15 de junio, y, sobre todo, sentencia 58/2004, de 19 de abril). En la segunda sentencia citada dicho Tribunal afirma que "ha de tenerse en cuenta que España es Estado miembro de las Comunidades Europeas desde el 1 de enero de 1986, de conformidad con las previsiones del art. 93 CE y, por tanto, sujeto a las normas del ordenamiento comunitario que poseen efecto directo para los ciudadanos y tienen primacía sobre las disposiciones internas, como así se ha declarado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sentencias de 5 de febrero de 1963, en el asunto Van Gend and Loos, y de 15 de julio de 1964, asunto Costa contra E.N.E.L.)".

También lo reconoce el Tribunal Supremo en numerosas sentencias, entre otras las de fechas 30 de enero de 2008, 20 de febrero de 2007, 28 de abril de 2007, 30 de noviembre de 2006, 13 de julio de 2004 y 12 de febrero de 2003, al afirmar que los jueces nacionales en su condición de jueces comunitarios están obligados a salvaguardar la efectividad del Derecho comunitario, pudiendo reclamar la ayuda exegética del Tribunal de Luxemburgo sólo cuando la interpretación cree problemas insolubles.

Y en el mismo sentido el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias de fechas 19 de septiembre de 2006, C-392/04, y 13 de enero de 2004, C-256/01, posteriores a las que cita el Tribunal Constitucional.

Declara al respecto el TJUE en sentencia de fecha 19 de noviembre de 2009, (asunto C-314-08, apartado 81): "Resulta de una jurisprudencia bien consolidada que el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada en caso de necesidad, por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional".

No puede olvidarse tampoco que el Tribunal de la Unión Europea ha proclamado que si bien la fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros, éstos deben ejercerla respetando el Derecho comunitario, absteniéndose de toda discriminación manifiesta o encubierta basada en la nacionalidad, sentencias de fechas 15 de mayo de 1997, asunto Futura , y de 28 de abril de 1998, asunto Jessica Safir y las sentencias de 7 de septiembre de 2004 , Manninen, C-319/02, Rec. p . I-7477, apartado 19; de 6 de marzo de 2007, Meilicke y otros, C-292/04, Rec. p . I- 0000, apartado 19 , y de 24 de mayo de 2007 , Holböck, C-157/05 , Rec. p. I-0000, apartado 21).

Así las cosas, la norma fiscal española debe interpretarse de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que en su artículo 12 consagra el principio de no discriminación al establecer que "en el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad" . Y en desarrollo de ese principio, las disposiciones del mismo Tratado garantizan a los ciudadanos de la Unión el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros y prohíben las restricciones a la libertad de establecimiento dentro de la Unión, a la libre prestación de servicios y a los movimientos de capitales, entre otras.

Octavo.

Dicho lo anterior, sostiene la actora que no existe causa lícita que justifique conforme a la normativa y jurisprudencia comunitarias la restricción a la libre circulación de capitales y la discriminación que implica la imposición de un régimen fiscal más gravoso a una institución de inversión colectiva residente en Estados Unidos que percibe dividendos de fuente española que a una institución de inversión colectiva residente en España que también los percibe, por existir instrumentos de información fiscal recíproca completa entre España y los Estados Unidos de América.

Pero la determinación de si se produce discriminación pasa primero por la concurrencia de términos de comparación equivalentes y la jurisprudencia comunitaria exige que se acredite la existencia de términos objetivamente comparables.

Así en el apartado 59, la sentencia de 20 de mayo de 2008, asunto C-194/2008 el TJUE , declara: 59. En consecuencia, procede distinguir el trato diferenciado permitido con arreglo al artículo 58 CE , apartado 1, letra a), de las discriminaciones prohibidas por el apartado 3 de este mismo artículo. Pues bien, según la jurisprudencia, para que una normativa fiscal nacional que establece una distinción entre los contribuyentes según el lugar en los que están invertidos sus capitales 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 resulte justificada por razones imperiosas de interés general (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de junio de 2000 , Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 43; Manninen, antes citada, apartado 29, así como de 8 de septiembre de 2005 , Blanckaert, C-512/03 , Rec. p. I-7685, apartado 42).

Pueden citarse también las sentencias de 12 de mayo de 2012; asunto C - 338/11, de 5 de julio de 2005 , asunto C - 376/03 y de 12 de diciembre de 2006, asunto C - 374/04 y de 19 de noviembre de 2009, asunto C - 540/07 .

Yendo al caso de autos, la recurrente solo cuando analiza la cuestión de la existencia de información fiscal recíproca entre España y Estados Unidos dice que constan en el expediente pruebas documentales acreditativas de su condición de institución de inversión colectiva estadounidense y de su autorización y régimen general aplicable con los requisitos que impone la legislación americana para las instituciones de inversión colectiva y que la Administración no ha valorado, sin embargo el Abogado del Estado en su contestación a la demanda precisamente cuestiona que no se acredita a los efectos del artículo 105 de la LGT la similitud con las instituciones de inversión colectiva españolas ni el contenido y la vigencia del derecho extranjero que impone el artículo de la LEC sin que se haya alegado nada la actora en su escrito de conclusiones sobre la concurrencia de situaciones objetivamente comparables.

Hay que acudir a los escritos de interposición de la reclamación económico administrativa y de alegaciones ante el TEAR de Madrid en las que la recurrente recoge un apartado de comparabilidad con una SICAV por compartimentos residente en España y pese a que dice que existen pruebas, no hay certificación alguna de las autoridades fiscales norteamericanas que respalde las afirmaciones que contiene en orden al cumplimiento de los requisitos que impone la legislación de su país de residencia sobre las instituciones de inversión colectiva y a estos efectos no sirve la certificación expedida por directivos de la propia sociedad; invoca la Investment Company Act de

1941, pero se limita a la mera aportación de una copia en inglés de una parte de la misma; se refiere a la autorización y supervisión por la Security Change Comisión, que dice que actúa de modo análogo a la Comisión Nacional del Mercado de Valores española pero sin prueba y no vale a esos efectos la remisión a los links o enlaces con la página web de la SEC norteamericana; tampoco existe justificación objetiva del número de inversores ni del capital social que la integra para poder hacer el juicio de comparabilidad previo e imprescindible.

Afirma también que la forma jurídica, la gestión de las inversiones por sociedad gestora, la política de inversión y la naturaleza fiscal son similares pero tampoco existe acreditación de estos extremos.

No cumplen las exigencias probatorias necesarias para justificar la concurrencia de semejanza objetiva la remisión a los folletos de las características de la institución actora ni las cartas o informes de abogado y de compañía americana expertos en sociedades y la certificación de las autoridades fiscales americanas solo se limita a certificar la residencia norteamericana a efectos fiscales y el sometimiento al United States of America-Spain Income Tax Convention de la actora.

De modo que el requisito de acreditación de una situación objetiva comparable no se ha cumplido.

Noveno.

Pero es que además, según la jurisprudencia comunitaria, la restricción a la libre circulación de capitales y la discriminación que implica la imposición de un régimen fiscal más gravoso a una institución de inversión colectiva no residente que a una institución de inversión colectiva residente en la Unión Europea cuando ambas perciben dividendos de la misma fuente, se justifica cuando no existe convenio para evitar la doble imposición o cuando existe no contiene disposición relativa al intercambio de información fiscal o es insuficiente la que contiene y no hay otro instrumento de información tributaria recíproca.

Así en el apartado 67 de la sentencia de 18 de diciembre de 2007, asunto C-101/05, el TJUE afirma que los artículos 56 CE y 58 CE deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a la normativa de un Estado miembro conforme a la cual sólo puede concederse la exención del impuesto sobre la renta de los dividendos distribuidos en forma de acciones en una filial cuando la sociedad que los distribuye está establecida en un Estado miembro del EEE o en un Estado con el que el Estado miembro de imposición haya celebrado un convenio fiscal que establezca el intercambio de información, si dicha exención está supeditada a requisitos cuya observancia sólo puede ser comprobada por las autoridades competentes de este Estado miembro recabando información del Estado en que está establecida la sociedad que distribuye los dividendos y en el apartado 75 de la sentencia de 19 de noviembre de 2009, asunto C-540/07 expresa que la normativa italiana controvertida debe considerarse justificada respecto de los Estados parte en el Acuerdo EEE por la razón imperiosa de interés general basada en la lucha contra el fraude fiscal y adecuada para garantizar la consecución del objetivo perseguido sin excederse de lo necesario para alcanzarlo.

En el mismo sentido en la sentencia de 11 de octubre de 2007, asunto Elisa C-451/2005, apartados 81 y 82 se afirma que es cierto que, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la lucha contra el fraude fiscal es una de las razones imperiosas de interés general que pueden justificar la restricción de alguna de las libertades de circulación (véase la sentencia Centro di Musicologia Walter Stauffer, antes citada, apartado 32, y la de 30 de enero de 2007, Comisión/Dinamarca, C-150/04, Rec. p. I-0000, apartado 51 y jurisprudencia que allí se cita) y 82 sin embargo, tal restricción debe ser apropiada para alcanzar el objetivo perseguido y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzarlo (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Manninen, apartado 29; Centro di Musicologia Walter Stauffer, apartado 32, y Comisión/Dinamarca, apartado 46, y la sentencia de 5 de julio de 2007, Comisión/Bélgica, C-522/04, Rec. p. I-0000, apartado 47).

Por otra parte como excepción al derecho fundamental de la libre circulación de capitales y al principio de no discriminación la imposición de un régimen fiscal más gravoso solo tiene justificación ante situaciones objetivas no comparables o por razón de interés general, según los apartados 22 y 23 de la sentencia del TJUE de 10 de mayo de 2012, recaída en el asunto C-338/11 en el que se dice 22. En efecto, la excepción prevista en la citada disposición está limitada, a su vez, por el artículo 65 apartado 3 del TFUE, 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 el mismo sentido el apartado 57 de la sentencia de 10 de abril de 2014, asunto C-190/12.

Y por otra parte, en la sentencia que se invoca recaída en el asunto C-190/12, apartado 105 el Tribunal de Luxemburgo concluye que 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 proporcionada 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 en un marco normativo equivalente al de la Unión.

En el supuesto de autos, dejando al margen que la entidad recurrente no ha probado el requisito de la existencia de situaciones objetivamente comparables como ya se ha dicho, teniendo a la vista lo expuesto, tampoco se cumple la exigencia jurisprudencial relativa a la existencia de una cláusula o instrumento de información fiscal recíproca de España con los Estados Unidos en el momento del devengo del Impuesto sobre la Renta de No Residentes exigida correspondiente al segundo trimestre de 2006, que impida que por razones de interés general para evitar el fraude fiscal se pueda imponer restricciones a la libre circulación de capitales mediante la imposición un régimen tributario más gravoso a las entidades o instituciones de inversión colectiva que perciben dividendos de fuente española residentes en Estados Unidos que a las que residen en España y perciben dividendos de la misma fuente.

Estima la actora que entre los dos países existen instrumentos o mecanismos de información fiscal recíproca suficientes, pero la nueva redacción dada por el Protocolo de 14 de enero de 2013 al artículo 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 de 22 de febrero de 1990, no se encontraba en vigor y el examen de la redacción anterior de dicho artículo sobre intercambio de información y asistencia administrativa transcrito evidencia que el intercambio de información se circunscribía en exclusiva al ámbito del Convenio y era insuficiente para eludir el tratamiento fiscal diferenciado.

No estaban en vigor tampoco el Protocolo de Enmienda del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal de 27 de mayo de 2010, vigente a partir de 1 de enero de 2013, ni el Acuerdo para la Mejora del Cumplimiento Fiscal Internacional y la aplicación de la Ley estadounidense, Foreign Account Tax Compliance Act, de 14 de mayo de 2013, publicado en el BOE de 1 de julio de 2014 ni tampoco el Convenio Multilateral sobre Asistencia Administrativa Mutua en materia fiscal, que no fue ratificado por España hasta el 8 de noviembre de 2010 y entro en vigor el 1 de diciembre de 2010.

Dice la actora también que de acuerdo con los comentarios de la OCDE al artículo 26 del Convenio modelo sobre intercambio de información, el ámbito temporal de la cláusula de información puede extenderse a situaciones anteriores siempre que la información se suministre estando ya vigente, pero se trata de un mero criterio interpretativo y en este caso en el momento del devengo del impuesto no se encontraba en vigor las normas reguladoras de la información fiscal recíproca con la amplitud necesaria entre ambos Estados.

En cuanto al resto de las alegaciones de la actora:

No procede planteamiento de cuestión prejudicial de acuerdo con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por cuanto procede la desestimación del recurso siendo por otra parte muy clara la interpretación de la normativa aplicable según la doctrina del TJUE.

Por otra parte, el asunto C-190/12 ha sido ya resuelto mediante sentencia de 10 de abril de 2014 y no es determinante de la acogida del recurso pese a lo que se dice, teniendo en cuenta que conforme a su conclusión final, la exención reconocida en exclusiva a favor de los fondos de inversión residentes en el Estado miembro no se

justifica cuando exista entre el 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.

En cuanto a los intereses que se reclaman no procede reconocimiento alguno al ser procedente la desestimación del recurso.

Y por último, las dos sentencias aportadas en el escrito de 24 de junio de 2015 corresponden a órganos judiciales internos de otros países, Suecia y Finlandia, que no crean jurisprudencia vinculante para este Tribunal.

Décimo.

En virtud de lo expuesto el recurso debe desestimarse con imposición de costas a la parte actora a la vista del artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

FALLAMOS

Que, debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la procuradora Doña Sol Gallo Sallent, en representación de la entidad DFA INTERNATIONAL SMALL CAP VALUE PORTFOLIO ISCVF DE DFA INVESTMENT DIMENSIONS GROUP, contra la resolución de 29 de mayo de 2013, dictada por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, que desestimó la reclamación económico administrativa interpuesta contra la liquidación provisional número G2885012003332 practicada por la Unidad de Gestión de Grandes Empresas de la Delegación Especial de Madrid en concepto de Impuesto de la Renta de No Residentes correspondiente al segundo trimestre del ejercicio 2006 por importe de 21.509,62 €, por ser ajustada a derecho la resolución recurrida. Se hace imposición de costas a la parte actora. Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma, haciendo indicación que no cabe recurso alguno.

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.