

Revista Técnica Tributaria

---

COMENTARIO DE  
JURISPRUDENCIA  
NACIONAL





# Comentario de Jurisprudencia Nacional

---

## Tributación en España de los dividendos percibidos por fondos soberanos de otros estados: ¿se vulnera la libre circulación de capitales de la UE?

[Comentario a las sentencias de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2019 (recursos 437/2015 y 447/2015)]

**Manuel Lucas Durán**

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Alcalá  
Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo<sup>1</sup>

### 1. Introducción

---

Las sentencias que son objeto de comentario en este trabajo versan sobre la tributación en nuestro país de los dividendos de participaciones sociales en empresas residentes en España, obtenidos por fondos soberanos o instituciones *públicas* (y esto es relevante por lo que se indicará seguidamente) de inversión radicados en otros países y si tal gravamen resulta compatible con la libre circulación de capitales que rige en la UE.

Por *fondos soberanos* de inversión cabe entender determinados «vehículos de inversión de propiedad estatal que gestionan una cartera de activos financieros nacionales e internacionales»<sup>2</sup>. El origen de este tipo de fondos data de los años 50 del siglo XX, cuando determinados países exportadores de materias primas (especialmente, de petróleo) decidieron su creación para invertir las divisas obtenidas

---

<sup>1</sup> Las ideas expresadas en este trabajo son estrictamente personales y en modo alguno pueden atribuirse ni comprometer a la institución en la que presta los servicios el autor.

<sup>2</sup> Cfr. «Un enfoque común en materia de fondos soberanos», *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones de 27 de febrero de 2008*, COM(2008) 115 final En relación con más definiciones y cuestiones regulatorias de los fondos soberanos de inversión *vid.* MEZZACAPO, S., «The so-called "Sovereign Wealth Funds": regulatory issues, financial stability and prudential supervision», *Economic Papers*, 378], April 2009 ([https://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/pages/publication15064\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/economy_finance/publications/pages/publication15064_en.pdf), consultado el 6 de diciembre de 2019). *Vid.*, igualmente, sobre el particular [https://es.wikipedia.org/wiki/Fondo\\_soberano\\_de\\_inversi3n](https://es.wikipedia.org/wiki/Fondo_soberano_de_inversi3n) (consultado el 6 de diciembre de 2019).

de sus actividades extractivas. Ello no obstante, no pueden descartarse otras funcionalidades de tales fondos soberanos como podrían ser políticas monetarias para influir en la cotización internacional de la divisa propia o de las ajenas, como vía de protección de intereses nacionales (por ejemplo, para aumentar sus exportaciones), tal y como ha realizado China en los últimos tiempos.

Así pues, los fondos soberanos de inversión más importantes en cuanto a cifra de inversión son los de China, Noruega, Singapur, Emiratos Árabes Unidos, Kuwait, Hong Kong y Arabia Saudí (siendo así que algunos de los países citados disponen de varios fondos nacionales), pero existe un largo listado con número cercano a los 100 en todo el globo, y que no sólo son nacionales sino que también, en algunos casos, tienen un carácter subnacional (*v. gr.*, en EEUU, disponen de fondos soberanos los estados de Alaska y Texas)<sup>3</sup>. E incluso se está pensando en fondos soberanos supranacionales, como sería el caso de la Unión Europea que podría constituir próximamente uno de 10 billones de euros para financiar empresas europeas y competir así con gigantes estadounidenses como Apple y Google o chinos como Alibaba<sup>4</sup>.

En realidad, a los efectos de este comentario, no tiene gran importancia que las instituciones públicas de inversión precitadas tengan su residencia en países de la Unión Europea (UE en adelante), del Espacio Económico Europeo (EEE en lo que sigue) –comprendido por los países de la UE e Islandia, Liechtenstein y Noruega–, o bien de países terceros distintos a los citados, pues la libre circulación de capitales recogida en los arts. 63 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) es aplicable no sólo entre Estados miembros de la UE, sino también a países terceros, motivo por el que aun cuando no resultara aplicable el Acuerdo del EEE (AEEE) la problemática que será analizada en el presente comentario (como se ha indicado, la posible restricción injustificada de la libre circulación de capitales) subsistiría.

Se indicaba anteriormente que es relevante que se trate de instituciones públicas de inversión, esto es, con exclusión de las instituciones privadas, y ello deriva de que en relación con estas últimas existe normativa que contempla la exención de los dividendos expatriados desde España [letras k) y l) del art. artículo 14.1 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (TRLRNR)], que además ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>5</sup> y nuestro Tribunal Supremo (TS)<sup>6</sup>. Ciertamente, la cuestión se muestra difusa cuando sean fondos de pensiones de naturaleza formalmente privada, pero a través de los que se instrumentan compromisos públicos por pensiones<sup>7</sup>.

Pues bien, el problema planteado en las sentencias que ahora se comentan es si el gravamen, sin exención, de dos fondos de inversiones noruegos –uno de ellos nutrido por los ingresos derivados de la extracción de petróleo y que instrumenta los compromisos futuros por pensiones y el otro en el que se materializan las inversiones de la reserva de divisas de dicho Estado– es conforme al Derecho de la UE y, particularmente, a la libre circulación de capitales contemplada en los arts. 63 y ss. TFUE así como, para el particular caso de Noruega, en el art. 40 AEEE, habida cuenta de que conforme a los apartados c) y d) de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), tales dividendos estarían exentos si los percibiera en sede interna la entidad española equivalente (entidades gestoras de la Seguridad Social y Banco de España).

<sup>3</sup> Para una representación más completa de los fondos soberanos más relevantes a nivel mundial *vid.* <https://www.swfinstitute.org/fund-rankings/sovereign-wealth-fund> (consultado el 6 de diciembre de 2019).

<sup>4</sup> *Vid.* sobre el particular <https://www.ft.com/content/033057a2-c504-11e9-a8e9-296ca66511c9> o <https://www.afr.com/world/europe/eu-floats-plan-for-164b-sovereign-wealth-fund-20190823-p52k4q> (consultados el 6 de diciembre de 2019).

<sup>5</sup> *Vid.* sobre el particular, entre otras, las sentencias del TJUE de 8 de noviembre de 2012 (*Comisión Europea/República de Finlandia*, C-342/10, EU:C:2012:688); de 18 de abril de 2013 (*Mariana Irimie*, C-565/11, EU:C:2013:250); de 17 de septiembre de 2015 (*Miljoean y otros*, C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608); de 6 de octubre de 2015 (*Finanzamt Linz*, C-66/14, EU:C:2015:661); de 2 de junio de 2016 (*Pensioenfonds Metaal en Techniek*, C-252/14, EU:C:2016:402); o, por citar una última y reciente resolución, la de 13 de noviembre de 2019.

<sup>6</sup> *Vid.*, en relación con instituciones de inversión colectiva residentes en países de la UE, entre otras, las sentencias del TS de 27 de marzo de 2019 (rec. cas. 5405/2017, ES:TS:2019:1081); de 28 de marzo de 2019 (rec. cas. 5822/2017, ES:TS:2019:1085); o de 16 de octubre de 2019 (rec. cas. 1754/2018, ES:TS:2019:3270). Y, en lo que respecta a similares instituciones pero con residencia fuera de la UE, *vid.* asimismo las sentencias del TS de 13 de noviembre de 2019 (rec. cas. 3023/2018, ES:TS:2019:3675) y la de 14 de noviembre de 2019 (rec. cas. 1344/2018, ES:TS:2019:3838).

<sup>7</sup> *Vid.* en este sentido las sentencias de la Audiencia Nacional (AN) de 29 de noviembre de 2018 (rec. 99/2014, ES:AN:2018:5202; y rec. 389/2014, ES:AN:2018:4944) que estiman sendos recursos del Séptimo Fondo Nacional de Pensiones Sueco, AP-7 al entender que de no declararse exentos los dividendos pagados al referido fondo nacional de pensiones se vulneraría la libre circulación de capitales prevista en los arts. 63 y ss. TFUE.

---

## 2. Las sentencias de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2019

---

En las sentencias de AN de 7 de febrero de 2019 (rec. 437/2015, ES:AN:2019:701; y rec. 447/2015, ES:AN:2019:700), la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del citado órgano judicial estima sendos recursos del *Norges Bank* (Banco Central Noruego) contra resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) de 9 de abril de 2015, por la que se desestimaron las reclamaciones números 7326/2012, 7327/2012, 7328/2012, 7329/2012 y 7330/2012.

Al tratarse de dos supuestos diferentes, aunque muy relacionados, van a ser analizados por separado en los epígrafes siguientes.

### 2.1. Tributación del fondo soberano noruego para cubrir compromisos futuros por pensiones

---

El Fondo Gubernamental de Pensiones Global (en inglés *Government Pension Fund Global* o –GPFG–) fue creado por una ley noruega de 1990 para ahorrar en beneficio de las futuras generaciones. Está integrado en el presupuesto fiscal de Noruega y se nutre de ingresos netos del petróleo recibidos por dicho Estado y trasferidos desde el presupuesto del Gobierno central, que se transfieren desde 1996, así como de los rendimientos del capital del citado fondo<sup>8</sup>. Habida cuenta de que el GPFG no tiene personalidad jurídica, el mismo es gestionado por *Norges Bank* por delegación del Gobierno de dicho país. Pues bien, el citado banco invirtió parte del capital de GPFG en acciones de sociedades españolas, que al pagar los respectivos dividendos practicaron la oportuna retención en la fuente conforme a lo dispuesto en el art. 25 TRLIRNR y al art. 10 del convenio para evitar la doble imposición (CDI) firmado con Noruega<sup>9</sup>. Al entender indebidamente tales retenciones, *Norges Bank* solicitó a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) la devolución de tales cantidades, petición que fue desestimada por la AEAT. Recurrida tal denegación de devolución ante el TEAC, dicho órgano confirmó el acto administrativo en resolución de 9 de abril de 2015, la cual fue, a su vez, impugnada ante la AN, que estimó el recurso en la citada sentencia de 7 de febrero de 2019 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho órgano judicial (rec. 447/2015) por entender que, de no devolverse los ingresos tributarios solicitados, se estaría discriminando al *Norges Bank* en comparación con el tratamiento tributario dispensado por el art. 9.1.d) LIS a las entidades gestoras de la Seguridad Social y, por ende, vulnerando la libertad de libre circulación de capitales prevista en el art. 40 AEEE.

Indica el fundamento jurídico séptimo de la sentencia comentada:

*El Estado Español y Seguridad Social según el artículo 9.1º.a) y d) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades están totalmente exento de pagar impuesto sobre sociedades.*

*El recurrente asegura que el Banco Central de Noruega (Norges Bank) es una entidad perfectamente identificable y comparable con la Seguridad Social Española, puesto que ambas están dotadas de unas funciones similares.*

*(...) [La] Seguridad Social posee y gestiona el Fondo de Reservas de la Seguridad Social en términos similares al Norges Bank.*

*En Noruega el artículo 1 de la Government Pension Fund Act, dispuso que el Government Pension Fund debería respaldar el ahorro de la Administración para financiar los gastos en pensiones del Régimen de la Seguridad Social y para respaldar factores a largo plazo en el uso de los ingresos del petróleo.*

---

<sup>8</sup> Para más detalles sobre el particular me remito a <https://www.nbim.no> (consultado el 6 de diciembre de 2019).

<sup>9</sup> Cfr. Instrumento de Ratificación del Convenio entre el Reino de España y el Reino de Noruega para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y Protocolo, hecho en Madrid el 6 de octubre de 1999 (BOE de 10 de enero de 2001).

*El Fondo de Reserva de la Seguridad Social se constituyó con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema de la Seguridad Social en materia de prestaciones contributivas, en la forma y condiciones previstas en la presente ley.*

*Solo se aprecian dos diferencias no significativas.*

*Una de las diferencias es que en Noruega la gestión del Fondo se atribuyó por razones meramente organizativas al Norge[s] Bank o Banco Central de Noruega y en España se atribuyó a la Seguridad Social.*

*La otra diferencia es que Fondo de Reservas de la Seguridad Social sigue una política muy conservadora al estar solo autorizado a materializar las reservas en valores que serán títulos emitidos por personas jurídicas públicas, mientras que, el Fondo Noruego sigue una política más agresiva y está autorizado a comprar renta variable.*

*Las plusvalías obtenidas por el Fondo de Reserva de la Seguridad Social están exentas del pago de impuesto sobre sociedades en España.*

Y después de citar la sentencia del TJUE de 2 de junio de 2016 (*Pensioenfonds Metaal en Techniek contra Skatteverket*, C-252/14, EU:C:2016:402), con referencias a resoluciones anteriores del mismo órgano, se señala en el referido fundamento jurídico séptimo:

*De la reiterada Jurisprudencia del TJUE se desprende que procede distinguir el trato diferenciado permitido con arreglo al artículo 65 apartado 1, letra a) del TFUE (antiguo artículo 58, apartado 1, letra a) de TCE), de las discriminaciones arbitrarias o de las restricciones encubiertas prohibidas por el apartado 3 de estos mismos artículos.*

*En efecto, para que una normativa fiscal nacional como el artículo 9.1º.d) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que establece una distinción entre los organismos nacionales y los establecidos en otro Estado miembro, 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, como la necesidad de preservar la eficacia de los controles fiscales. Además, para que la diferencia de trato esté justificada no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de septiembre de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Rec. p. I-8203), apartado 32 y jurisprudencia citada).*

*El Abogado del Estado ha argumentado que la exención del Estado Español recogida en el artículo 9 del R.D. Legislativo 4/2004 se fundamenta en que el Impuesto sobre Sociedades es un tributo no finalista, cuya recaudación forma parte del estado de ingresos de los Presupuestos Generales del Estado, destinado a sufragar los gastos del Estado.*

*Aduce que no tiene sentido jurídico que el Estado, se grave a sí mismo con un tributo no finalista, puesto que ello es tanto como sacar fondos de una cuenta del Tesoro Público para ingresarla en unidad de acto en otra cuenta del mismo Tesoro Público, ambas con destino a fines generales de sostenimiento del gasto público estatal. Tal auto-tributación sólo serviría para generar un coste de gestión (que no se destinaría a costear la comprobación de la tributación de terceros), injustificable (puesto que no hay razón para considerar que la autoliquidación del Estado no fuese jurídicamente correcta ya que nada ganaría con defraudar, aparte del deber de cumplimiento de las leyes que el propio Estado impone), e inservible (puesto que los fondos que abona, en unidad de acto los ingresa, en cuentas no finalistas).*

*En palabras del Abogado del Estado no puede olvidarse que el Derecho Tributario tiene naturaleza instrumental, es decir que existe para obtener recursos con los que costear los servicios públicos, y tal fin no se cumple con una auto-tributación. En términos estrictamente jurídicos estaría ocurriendo que la relación jurídica tributaria tendría idéntico sujeto activo y pasivo, el Estado, lo que provocaría su extinción por confusión. Pues bien, es evidente que todo lo expuesto, que justifica la exención del Estado Español en el Impuesto sobre Sociedades, no es aplicable en España al Estado Noruego. Por tanto la causa de la Exención*

---

*del Estado Español no es aplicable al Estado Noruego, no concurre identidad de situaciones, y no cabe invocar una discriminación respecto del Estado Español ya que éste, en España, no tiene la misma posición jurídica que el Estado Noruego (del mismo modo que al revés ocurriría en Noruega).*

Seguidamente, explicita que lo que se está discutiendo en el litigio resuelto por la resolución comentada es la discriminación en el tratamiento tributario entre los propios Estados Miembros, y señala que en la jurisprudencia del TJUE existe una única sentencia que contempla un caso similar al que resuelve la sentencia ahora glosada, cual es la sentencia 16 de julio de 2015 (*Comisión contra Francia*, C-485/14, EU:C:2015:506). Y, después de citar algunos párrafos de la esta última resolución, siempre en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia comentada, expone:

*El TJUE con este fallo implícitamente rechaza el argumento del Abogado del Estado, al declarar que una exención que afecta solo a los organismos públicos franceses, y no a los establecimiento[s] públicos de otros Estados miembros es contraria al artículo 63 TFUE y del artículo 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.*

*Lógicamente los organismos públicos del Estado francés también están integrados en los Presupuesto Generales del Estado francés, y por tanto, el argumento de que no puede pagarse impuestos uno así mismo no es válido para el TJUE.*

*Existe una diferencia puramente geográfica entre el Norges Bank y la Seguridad Social española.*

*La diferencia de trato no resulte justificada por razones imperiosas de interés general, como la necesidad de preservar la eficacia de los controles fiscales, pues el Norges Bank es un Banco Central que está exento del pago de impuestos en Noruega.*

*Además, para que la diferencia de trato esté justificada no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa de que se trate.*

*Por último, debemos indicar que de una reiterada jurisprudencia se desprende que la necesidad de evitar la reducción de ingresos fiscales tampoco figura entre los objetivos enunciados en el artículo 58 CE ni entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción a una libertad establecida por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de septiembre de 2004, *Manninen*, C-319/02, Rec. p. I-7477, apartado 49, y *Centro di Musicologia Walter Stauffer* [(C-386/04, Rec. p. I-8203)], apartado 59; sentencia de 27 de enero de 2009 *Hein Persche*, C-318/07, apartado 46).*

*Por todo lo anteriormente expuesto procede estimar el presente recurso contencioso-administrativo.*

## **2.2. Tributación de la reserva de divisas del Banco de Noruega**

El ya citado *Norges Bank* es también propietario y responsable de administrar la reserva de divisas noruega<sup>10</sup>. Por ello invirtió parte de dicha reserva en acciones de sociedades españolas cotizadas en el Mercado Continuo español. Al recibirse los respectivos dividendos de tales títulos-valores, se practicaron retenciones en la fuente conforme a lo dispuesto en el art. 25 TRLIRNR y el art. 10 del CDI con Noruega. Al solicitarse por *Norges Bank* a la AEAT la devolución de tales retenciones, la Administración tributaria desestimó tal solicitud y la denegación fue confirmada por el TEAC en resolución de 9 de abril de 2015. Al ser impugnada esta última ante la AN, la sentencia de 7 de febrero de 2019 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho órgano (rec. 437/2015) estimó el recurso por entender que, de no hacerlo, se vería vulnerada la libre circulación de capitales prevista en el art. 40 AEED.

En su fundamento jurídico cuarto, la resolución comentada recoge los hechos probados en el litigio y expone:

---

<sup>10</sup> Sobre el particular *vid.* <https://www.norges-bank.no/en/topics/liquidity-and-markets/foreign-exchange-reserves/> (consultado el 6 de diciembre de 2019).

*El Norges Bank, como banco central de Noruega, es responsable de administrar las reservas de divisas en su propio nombre como banco central y propietario de las reservas de divisas.*

*(...) Un aspecto importante que debe tenerse en cuenta es que las reservas de divisas se mantienen directamente en Norges Bank y no están estructuradas como una entidad jurídica independiente ni dentro de esta.*

*En cambio, las reservas de divisas comprenden un conjunto de activos financieros, como depósitos en efectivo, letras del tesoro y bonos soberanos, y acciones que cotizan en un mercado regulado y reconocido. Estos activos pertenecen exclusivamente a Norges Bank, que es el propietario de los ingresos y las ganancias de capital generados por los activos que componen las reservas de divisas.*

*Como propietario de las reservas de divisas, Norges Bank reconoce que los activos financieros forman las reservas de divisas en su balance.*

*Las reservas de divisas no tienen personalidad jurídica por sí misma; son simplemente una colección de activos propiedad de Norges Bank y están administrados por departamentos dentro de Norges Bank en cumplimiento de la política cambiaria de Noruega.*

*(...) Así las reservas de divisas se dividen en tres carteras: la cartera de renta variable, la cartera de renta fija y la cartera de reservas de petróleo.*

*Las dos primeras carteras, es decir, la cartera de renta variable y la cartera de renta fija, se mantienen a efectos de gestionar una crisis. Los movimientos en el tipo de cambio de la corona afectarán la renta variable de Norges Bank, pero no la capacidad del Banco para cumplir con los compromisos en divisa extranjera.*

*La cartera de reservas de petróleo recibe el flujo de efectivo del gobierno de las actividades petroleras en divisa extranjera [...]. El propósito de la cartera de reservas de petróleo es proporcionar una gestión adecuada de la necesidad del gobierno de convertir la divisa extranjera y la corona noruega.*

*La cartera de renta variable está gestionada por Norges Bank Investment Management (NBIM) y la cartera de renta fija y la cartera de reservas de petróleo están gestionadas por Norges Bank Central Banking Operations. Tanto Norges Bank Investment Management (NBIM) como Central Banking Operations son departamentos internos dentro de Norges Bank, sin personalidad jurídica independiente.*

*El Norges Bank (Banco Central de Noruega) es un ente/organismo exento de impuestos en Noruega.*

*El Norges Bank (Banco Central de Noruega) no actúa ni han actuado en España mediante establecimiento permanente situado en territorio español [...].*

Y en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia comentada se recoge:

*Incumbe al órgano jurisdiccional nacional, único tribunal que puede examinar con precisión los hechos del litigio del que está conociendo, apreciar si, por lo que respecta a los dividendos percibidos por Norges Bank, la aplicación al Norges Bank de la retención en la fuente del 15 % o 18% prevista por el Convenio Bilateral para evitar la doble imposición tiene como resultado, en definitiva, el que Norge[s] Bank soporte en Noruega una carga impositiva mayor que la que soporta el Banco de España en relación con los dividendos de la misma naturaleza (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de septiembre de 2015, Miljoen y otros, C-10/14, C-14/14 y C-17/14, EU:C:2015:608, apartado 48).*

*El Banco de España según el artículo 9.1º.c) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades está totalmente exento de pagar impuesto sobre sociedades.*

*El recurrente asegura que el Banco Central de Noruega (Norges Bank) es una entidad perfectamente identificable y comparable con el Banco de España, puesto que ambas están dotadas de unas funciones similares.*

---

(...) Los beneficios del Banco de España se deben, principalmente, a los ingresos por intereses devengados por sus principales activos y a las ganancias procedentes de operaciones financieras (sobre todo, debidas a plusvalías en la venta de divisas y compraventa de valores extranjeros). Estos beneficios se ingresan, íntegramente, en el Tesoro[.]

*El Banco de España posee y gestiona las reservas de divisas y metales preciosos no transferidas al Banco Central Europeo en términos similares al Norges Bank, y está exento del pago de impuesto sobre sociedades en España.*

Después de reproducir algunos párrafos de la ya citada sentencia de 2 de junio de 2016 (asunto C-252/14) recoge, de forma similar a como lo hiciera en la otra sentencia comentada, lo siguiente:

*El Abogado del Estado ha argumentado que la exención del Banco de España recogida en el artículo 9 del R.D. Legislativo 4/2004 se fundamenta en que el Impuesto sobre Sociedades es un tributo no finalista, cuya recaudación forma parte del estado de ingresos de los Presupuestos Generales del Estado, destinado a sufragar los gastos del Estado.*

*Aduce que no tiene sentido jurídico que el Estado grave al Banco de España (que es su mero gestor fiduciario) con un tributo no finalista, puesto que ello es tanto como sacar fondos de una cuenta del Tesoro Público para ingresarla en unidad de acto en otra cuenta del mismo Tesoro Público, ambas con destino a fines generales de sostenimiento del gasto público estatal. Tal auto-tributación sólo serviría para generar un coste de gestión (que no se destinaría a costear la comprobación de la tributación de terceros), injustificable (puesto que no hay razón para considerar que la autoliquidación del Banco de España no fuese jurídicamente correcta, ya que nada ganaría con defraudar, aparte del deber de cumplimiento de las leyes que el propio Estado impone), e inservible (puesto que los fondos que abona, en unidad de acto los ingresa, en cuentas no finalistas). No puede olvidarse que el Derecho Tributario tiene naturaleza instrumental, es decir que existe para obtener recursos con los que costear los servicios públicos, y tal fin no se cumple con una auto-tributación.*

Finalmente, y tras entender aplicable al caso la doctrina de la sentencia 16 de julio de 2015 (Comisión contra Francia, C- 485/14, antes citada) indica, en el fundamento jurídico séptimo de la resolución y de forma similar a como lo hiciera en la otra sentencia comentada, lo siguiente:

*El TJUE con este fallo implícitamente rechaza el argumento del Abogado del Estado, al declarar que una exención que afecta solo a los organismos públicos franceses, y no a los establecimiento[s] públicos de otros Estados miembros es contraria al artículo 63 TFUE y del artículo 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.*

*Lógicamente los organismos públicos del Estado francés también están integrados en los Presupuestos Generales del Estado francés, y por tanto, el argumento de que no puede pagarse impuestos uno así mismo no es válido para el TJUE.*

*Existe una diferencia puramente geográfica entre el Norges Bank y el Banco de España.*

*La diferencia de trato no resulte justificada por razones imperiosas de interés general, como la necesidad de preservar la eficacia de los controles fiscales, pues el Norges Bank es un Banco Central que está exento del pago de impuestos en Noruega.*

*Además, para que la diferencia de trato esté justificada no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por la normativa de que se trate.*

*Por último, debemos indicar que de una reiterada jurisprudencia se desprende que la necesidad de evitar la reducción de ingresos fiscales tampoco figura entre los objetivos enunciados en el artículo 58 CE ni entre las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción a una libertad establecida por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C-319/02, Rec. p. I-7477, apartado 49, y Centro di Musicologia Walter Stauffer [(C-386/04, Rec. p. I-8203)], apartado 59; sentencia de 27 de enero de 2009 Hein Persche, C-318/07, apartado 46).*

*Por todo lo anteriormente expuesto procede estimar el presente recurso contencioso-administrativo.*

### 3. Recurso de casación ante el Tribunal Supremo

Las dos sentencias antes referidas fueron recurridas en casación por la Administración General del Estado ante el TS en los recursos 3829/2019 y 3834/2019, admitidos por sendos autos de 28 de noviembre de 2019 (ES:TS:2019:12715A y ES:TS:2019:12848A).

En esencia, la argumentación de la abogada del Estado en los casos de autos se basa en que la ausencia de exención de los dividendos percibidos por *Norges Bank* no es contraria a la libre circulación de capitales (i) porque tal libertad no resulta aplicable a entidades que realizan funciones inherentes al ejercicio del poder público y de la soberanía estatal, que según la jurisprudencia alegada no pueden ser consideradas actividades económicas a los efectos de la libertad fundamental citada; (ii) porque, aun cuando se considerara aplicable tal libertad fundamental, se estaría dentro de la exclusión prevista en el art. 65.1.a) TFUE, en virtud del cual la libre circulación de capitales prevista en el art. 63 TFUE se aplicará sin perjuicio de poder aplicar también 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; y (iii) porque, en todo caso, existiría una justificación objetiva y razonable para el trato desigual denunciado, cual sería el interés general del Estado español en relación con el reparto de la potestad tributaria, siendo así que, además, el TJUE ha reconocido como límite de las libertades fundamentales previstas en el TFUE la *coherencia del sistema fiscal*, resultando del todo punto lógico que el Estado español declare la exención de rendimientos obtenidos por el propio Estado, en cuanto que, de otro modo, las posiciones deudoras y acreedoras se compensarían y sólo resultarían obligaciones formales de declaración ingreso sin ningún resultado económico relevante y sin que – además – pueda identificarse ánimo defraudatorio alguno.

El TS apreció que en el rec. cas. 3829/2019 existía interés casacional por el motivo previsto en el artículo 88.3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), al haberse aplicado por la resolución impugnada normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia, así como el motivo del art. 88.2.f) LJCA, por interpretar y aplicar la resolución recurrida el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial; identificó como normas que, en principio, han de ser objeto de interpretación los art. 13.1.f). 1º y 25.1.f) del TRLIRNR, ambos en relación con el art. 10 del Convenio hispano-noruego para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio y Protocolo, el art. 9.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (TRLIS), el art. 40 del AEEE y los arts. 63 a 66 del TFUE; y consideró que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la siguiente:

*Determinar si el gravamen, sin exención, en el IRNR, de los dividendos pagados por entidades residentes en España a una entidad pública no residente y sin establecimiento permanente en nuestro país, que gestiona una institución de inversión colectiva destinada a cubrir compromisos por pensiones futuras en ese otro país (como sería el caso de Norges Bank), es contrario a la libertad de circulación de capitales reconocida en el artículo 40 del AEEE y en el artículo 63 TFUE, toda vez que –según lo dispuesto en el artículo 9 TRLIS [con una redacción similar al actualmente vigente artículo 9 LIS]– las mismas rentas estarían exentas de tributación de haber sido recibidas por las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.*

En el rec. cas. 3834/2019, con idénticos motivos de interés casacional y de normas requeridas de interpretación, el TS apreció que la cuestión con interés casacional es prácticamente idéntica, pero refiriéndose al Banco de España en lugar de a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, y particularmente:

*Determinar si el gravamen, sin exención, en el IRNR, de los dividendos pagados por entidades residentes en España a una entidad pública no residente y sin establecimiento permanente en nuestro país, que ejerce las funciones de banco central equivalentes a las que le corresponden al Banco de España y que gestiona la inversión de las reservas de divisas de ese otro país (como es el Norges Bank), es contrario a la libertad de*

---

*circulación de capitales reconocida en el artículo 40 del AEEE y en el artículo 63 TFUE, toda vez que –según lo dispuesto en el artículo 9 TRLIS [con una redacción similar al actualmente vigente artículo 9 LIS]– las mismas rentas estarían exentas de tributación de haber sido recibidas por el Banco de España.*

#### **4. ¿Existe para los supuestos comentados una vulneración de la libre circulación de capitales prevista en la normativa de la UE?**

---

A fin de dilucidar si en los supuestos referidos por las sentencias de la AN comentadas en este trabajo podría plantearse alguna vulneración de la libertad de circulación de capitales en la UE cabe indagar, en primer lugar, si las exenciones contenidas en el art. 9.1 TRLIS (y, actualmente, en el art. 9 LIS) resultan discriminatorias en relación con fondos soberanos de otros países (ya se hayan constituido para afrontar compromisos por pensiones futuras, por cuestiones referidas a políticas monetarias o por cualquier otro motivo) conforme a los dictados del art. 40 AEEE (para Noruega, Islandia y Liechtenstein) o, en general, de los arts. 63 y ss. TFUE para los países de la Unión Europea e, incluso, países terceros.

Pues bien, habida cuenta de que las sentencias de la AN, ahora comentadas, fundamentan su fallo, esencialmente, en la sentencia de 16 de julio de 2015 (*Comisión contra Francia*, C-485/14, tantas veces citada), resulta obligado hacer una referencia a la misma para examinar si la doctrina en ella contenida es plenamente aplicable a los casos que nos ocupan. En la citada resolución del TJUE, dicho órgano analizaba la conformidad a Derecho de la UE de beneficios fiscales existentes en un impuesto estatal francés que grava las donaciones y legados (*droits de mutation à titre gratuit* regulados en los artículos 750 ter a 808 del *Code Général des Impôts*), que sería una suerte de Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones que no sólo grava las transmisiones a título lucrativo percibidas por personas físicas, sino también las adquisiciones realizadas por otro tipo de sujetos (personas jurídicas y otros entes). Pues bien, tales beneficios fiscales, están contemplados a favor de las regiones, provincias y municipios franceses, así como de los establecimientos públicos de tales entes, y también a favor de entidades «de utilidad pública» (algo similar a nuestras entidades sin fines lucrativos de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre) establecidos en Francia. La Comisión europea entendió que tales incentivos, al circunscribir los beneficios fiscales a instituciones francesas, resultaban discriminatorias y contravenían el Derecho de la UE (particularmente, la libre circulación de capitales), de manera que inició un procedimiento de infracción, del que resultó una carta de emplazamiento y dictamen motivado, así como el posterior recurso ante el TJUE, órgano judicial que resolvió en la tantas veces referida sentencia de 16 de junio de 2015. En ella el Tribunal de Luxemburgo entendió, por un lado, que existía una restricción de la libre circulación de capitales, *en principio* prohibida por el art. 63 TFUE, en tanto que «(...) la posibilidad de obtener un beneficio fiscal es susceptible de influir de manera significativa sobre la actitud de un contribuyente y la ausencia de tal beneficio fiscal respecto de donaciones y legados efectuados a favor de organismos y de establecimientos establecidos en un Estado miembro distinto que la República francesa puede disuadir a los contribuyentes de efectuar donaciones o legados a favor de los mismos (ver, en este sentido, sentencias Persche, C-318/07, EU:C:2009:33, apartado 25; Comisión/Austria, C-10/10, EU:C:2011:399, apartado 26; y Missionswerk Werner Heukelbach, C-25/10, EU:C:2011:65, apartado 25)» (apartado 25 de la sentencia aludida); y señala seguidamente el Alto Tribunal en el apartado 29 de la misma resolución que «[l]a República francesa no ha invocado ante el Tribunal ninguna razón imperiosa de interés general que sería susceptible de justificar, en este caso, la restricción a la libre circulación de capitales, en el sentido del artículo 63 TFUE y del artículo 40 del acuerdo EEE», motivo por el cual se considera que se ha vulnerado la referida libertad comunitaria<sup>11</sup>. Esto es: como ocurre en el Derecho interno, el trato desigual no es en sí, necesariamente, contrario a Derecho, sino que la infracción

---

<sup>11</sup> Antes de dictarse la sentencia Francia extendió, por el art. 61 de la Ley nº 2014-1655 de 29 de diciembre 2014, que incorporó en el art. 795-0 A del *Code Général des Impôts* una extensión de los beneficios previstos para entes públicos y de interés público franceses a los similares de otros Estados miembros de la UE y del EEE (aun olvidando, como algunas veces ha hecho el Estado español, –como ocurrió en la disposición adicional segunda de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones–, que el art. 63 TFUE es aplicable también a terceros Estados), siempre y cuando tales Estados hayan concluido con Francia un convenio de asistencia administrativa para luchar contra el fraude y la evasión fiscal.

jurídica se producirá únicamente en la medida en que no exista una justificación objetiva, razonable y proporcionada para la diferencia de trato denunciada.

Adicionalmente, es preciso indicar que los beneficios fiscales examinados en la sentencia del TJUE de 16 de junio de 2015 y que hemos mencionado no son estrictamente equiparables a los previstos en el art. 9.1 TRLIS (y, actualmente, en el art. 9.1 LIS) para las entidades gestoras de la Seguridad Social y para el Banco de España. Ello es así porque en los casos concernidos por las sentencias de la AN que ahora se comentan el sujeto activo y pasivo del tributo del Impuesto sobre Sociedades coinciden, mientras que ello no ocurre en el tributo galo que fue declarado contrario a Derecho de la UE: en tal caso el sujeto activo era el Estado francés y, por otro lado, los sujetos pasivos eran diversos: los distintos entes territoriales de dicho Estado (regiones, provincias o municipios), con una subjetividad pública distinta, y, por otro lado, las entidades de utilidad pública (similares a nuestras entidades sin fines lucrativos) establecidas en tal país. Siendo ello así, las conclusiones derivadas de la resolución analizada del TJUE al enjuiciar la normativa francesa no pueden extenderse, sin más y necesariamente, al supuesto español que examinaron las sentencias de la AN.

Y, además de todo lo indicado, es preciso indicar que una de las claves de la sentencia del TJUE de 16 de junio de 2015, antes referida, era que Francia no había justificado con alguna «razón imperiosa de interés general» (en términos de la sentencia) la diferencia favorable de trato que recibían los organismos franceses en detrimento de los similares de otros países. Ello no obstante, se ha indicado que, precisamente por la coincidencia de las condiciones de sujeto activo y pasivo del tributo en el caso de las entidades gestoras de la Seguridad Social y del Banco de España, y como alegó la Administración General del Estado, pudieran estar justificadas las exenciones debatidas en el Impuesto sobre Sociedades (que tendrían, por ello, el carácter de meramente técnicas), en tanto que ello resultaría coherente para evitar obligaciones formales innecesarias para referidos entes públicos en tanto que su sujeción al impuesto sin exención no conllevaría una mayor recaudación tributaria, resultando inocuo para las arcas públicas del Estado. Sin embargo, parece evidente que la exención de entidades similares de otros países en el IRNR no conllevaría efectos similares para la Hacienda Pública española, con lo que tal circunstancia podría llegar a considerarse una justificación para el trato desigual dispensado a entidades de otros Estados y, por ende, no resultar contrario a la libertad de circulación de capitales ahora examinada.

Pero, dicho lo anterior, también sería interesante plantearse si cabe encontrar algún tipo de discriminación en relación con la exención reconocida para los fondos de inversión y de pensiones según lo previsto en los apartados k) y l) del art. 14.1 TRLIRNR. A este respecto, es preciso indicar que los supuestos citados en tal precepto se refieren a planes de pensiones e instituciones de inversión colectiva que obran como intermediarios para *particulares* que, o bien dedican parte de sus rentas a un ahorro que será recuperado en el momento de la jubilación (o antes, si concurrieran circunstancias excepcionales), o bien utilizan canales de inversión institucionales y profesionalizados.

Ahora bien, también los entes públicos pueden realizar inversiones similares a las citadas a través de gestores profesionalizados, y ya sea por medio de entes jurídico-públicos (o privados con participación mayoritaria pública) interpuestos<sup>12</sup>, o bien directamente (como sería el caso de los fondos soberanos noruegos que son objeto de este análisis jurisprudencial). Ello no obstante, ¿podría considerarse que la exención contemplada en los apartados k) y l) del art. 14.1 TRLIRNR debe extenderse a tales supuestos de inversiones públicas para no entender vulnerada la libertad de circulación de capitales prevista en los arts. 63 y ss. TFUE? Ciertamente, sorprende a la lógica jurídica que la instrumentación de la inversión pública a través de un ente privado –en lugar de realizarse directamente por parte del ente público– conlleve un trato tributario desigual. Tal cuestión plantea, en mi opinión, mayores dudas de las que suscita la constricción de las exenciones previstas en el art. 9.1 LIS para las entidades gestoras de la Seguridad Social y el Banco de España, según lo previamente referido.

<sup>12</sup> Aceptando la necesidad de eximir rendimientos de tales instituciones para evitar vulneraciones de la libre circulación de capitales *vid.* las sentencias de la AN de 29 de noviembre de 2018 (rec. 99/2014 y rec. 389/2014), citadas en la nota pie nº 7 de este trabajo, que estiman sendos recursos del Séptimo Fondo Nacional de Pensiones Sueco, AP-7.

Es preciso indicar que, en todo caso, para entender vulnerada la libertad de circulación de capitales (ya sea la contenida en los arts. 63 y ss. TFUE o en el art. 40 AEEE), resulta necesario analizar si existe la posibilidad normativa de asistencia administrativa mutua en materia fiscal (ya sea por medio de un convenio bilateral o multilateral, y ya esté incluida tal vía en un convenio para evitar la doble imposición o bien aparezca regulada en un instrumento normativo independiente)<sup>13</sup>. En definitiva, según la jurisprudencia del TJUE no puede concluirse, sin más, que debe garantizarse la libre circulación de capitales incluso en el supuesto de territorios opacos con los que no exista intercambio efectivo de información equiparable a los mecanismos que existen en el ámbito de la UE por mor de la Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE y otras normas posteriores<sup>14</sup>.

Conforme a las dudas suscitadas en los párrafos anteriores, y habida cuenta además de la doctrina sentada por sentencias del TJUE de 4 de octubre de 2018 (Comisión Europea contra Francia, C-416/17, EU:C:2018:811) y del Tribunal Constitucional 37/2019, de 26 de marzo de 2019 (ES:TC:2019:37), acaso lo más razonable sería que el TS planteara cuestión prejudicial ante el TJUE, preguntando a dicho tribunal si el gravamen sin exención por el IRNR de los dividendos pagados a fondos soberanos de otros Estados –ya sean estos gestionados directamente por entidades públicas o bien por entes instrumentales de naturaleza privada aunque con participación mayoritaria pública– puede resultar contrario a la libre circulación de capitales prevista en la normativa de la UE, según lo ya referido.

## 5. Consideraciones finales

De lo indicado anteriormente no resulta meridianamente claro si la redacción actual de los apartados c) y d) del artículo 9.1 de la LIS (y, anteriormente, del TRLIS), que establecen exenciones a las rentas obtenidas por las entidades gestoras de la Seguridad Social y por el Banco de España, constituyen una discriminación prohibida por el Derecho de la UE (y, particularmente, una vulneración de la libertad de circulación de capitales contenida en el art. 40 AEEE y en los arts. 63 y ss. TFUE), en cuanto que no se contemple una exención similar en el TRLIRNR para entidades similares radicadas en otros Estados (ya sean de la UE, del EEE o del resto del mundo). Ciertamente, pudiera defenderse que, en tal caso, la limitación de la exención exclusivamente a entes que pertenecen a la estructura estatal pudiera encontrarse justificada al confundirse en tal caso las posiciones deudoras y acreedoras del sujeto obligado al pago.

Ello no obstante, en mi opinión tampoco resulta en modo alguno esclarecido si, con independencia de la diferencia de trato que podría postularse con las entidades públicas antes referidas, la disparidad entre, por un lado, el gravamen sin exención de los rendimientos de tales inversiones públicas en España de fondos soberanos procedentes de otros países –ya se realice la misma directamente o a través de estructuras jurídicas interpuestas– y, por otro lado, la tributación que reciben los rendimientos de fondos de pensiones y de inversión que canalizan la gestión patrimonial de sujetos privados [conforme a lo dispuesto en las letras k) y l) del art. 14.1 TRLIRNR], puede ser o no contraria a la libre circulación de capitales en la UE (y entre Estados de la UE y países terceros).

<sup>13</sup> Sobre este particular, me remito a mi trabajo «Fiscalidad y libre circulación de capitales y pagos en el Derecho comunitario europeo», en J. M. LABEAGA AZCONA y P. CHICO DE LA CÁMARA (Dir.), M. RUIZ GARIJO (coord.), *Repercusiones tributarias de la ampliación de la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, págs. 85-126, así como «Fiscalidad y libre circulación de capitales y pagos en el Derecho de la Unión Europea: análisis jurisprudencial», *Documentos de Trabajo UC-CIFF-JELAT* n.º 8, Agosto 2012, y bibliografía allí citada. Vid. asimismo sobre el particular J. ZORNOZA PÉREZ, «El gravamen de las rentas del capital y las libertades comunitarias», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero* n.º 161, 2014, págs. 33-74.

<sup>14</sup> Sobre el particular *vid.*, entre otros, E. GARCÍA MACHANCOSES, *El intercambio de información entre administraciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2018.

