

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ081285

TRIBUNAL SUPREMO.*Sentencia 253/2021, de 24 de febrero de 2021**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 3829/2019***SUMARIO:**

IRNR. Rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente. Dividendos. Políticas y principios del Derecho comunitario. Principio de no discriminación. Libre circulación de capitales. Estamos en presencia de fondos soberanos que invierten en activos financieros en España, uno en acciones de sociedades que cotizan en España, otro en deuda pública española -no puede existir comparación, lógicamente, de las inversiones que el Fondo de Reserva hace en deuda pública de países miembros expresamente autorizadas, resultando irrelevante ahora el tratamiento fiscal que reciben los rendimientos procedentes de dichas inversiones-, ambos pertenecientes a organismos públicos y ambos con el mismo fin específico gubernamental, y cuya diferencia de trato se concreta en que el primero tributa efectivamente por los beneficios, los dividendos, obtenidos al 15% (18%), y el otro no tributa por los beneficios producidos por la inversión en los activos financieros limitada a deuda pública española, pretendiendo justificarse el distinto trato mediante la exención subjetiva fiscal que le otorga la legislación española al organismo público español. Lo procedente, pues, es, siendo aplicable el principio de libre circulación de capitales, examinar si el distinto trato recibido por uno y otro fondo, supone, o no, una discriminación arbitraria o una restricción encubierta sin justificación suficiente, tarea que asume acertadamente la Sala de instancia. Sin perjuicio de la potestad de los Estados miembros en materia fiscal, la exención subjetiva establecida respecto del titular del fondo soberano residente por los rendimientos obtenidos por sus inversiones en activos financieros, en los términos vistos, no se justifica porque esté afectando a situaciones que nos son objetivamente comparables. El no sujetar y no tributar los rendimientos obtenidos en los mercados financieros españoles por parte del titular del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, o al contrario establecer la tributación por los rendimientos obtenidos en el mercado financiero de acciones español al titular del GPFG, no alumbran luz alguna sobre la concurrencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el distinto trato fiscal, ni queda afectada la potestad tributaria, ni se ve comprometida la coherencia del sistema tributario, en tanto que la única razón que resulta evidente y que descubre la desigualdad y el trato discriminatorio, es puramente recaudatoria y económica. No se acepta el postulado que pretende introducir el Abogado del Estado en cuanto que en todo caso la discriminación en el trato tributario, no es entre los nacionales, sino entre los propios Estados y, en definitiva, si otros Estados miembros y sus organismos públicos están exentos de tributar en España; puesto que ello significa desconocer la naturaleza, función y finalidad de los fondos soberanos, en cuya actividad, como inversores en los mercados financieros, ya se ha dicho, neutraliza el elemento soberano y difumina el reconocimiento del ejercicio de poderes públicos, actuando los organismos públicos titulares y gestores de los fondos soberanos en libre competencia con el resto de inversores y sometidos al régimen jurídico a propósito ajeno al que le correspondería como sujeto investido las prerrogativas propias de tales organismos públicos. Por lo expuesto, considera la Sala que 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 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 art. 40 del AEEE y en el art. 63 TFUE, toda vez que -según lo dispuesto en el art. 9 TR Ley IS [con una redacción similar al actualmente vigente art. 9 Ley 27/2014 (Ley IS)]- las mismas rentas estarían exentas de tributación de haber sido recibidas por el Banco de España. [Vid. ATS de 28 de noviembre de 2019, recurso n.º 3829/2019 (NFJ075726) y SAN de 7 de febrero de 2019, recurso n.º 447/2015 (NFJ073071) que se confirma].

PRECEPTOS:

RDLeg. 5/2004 (TR Ley IRNR), arts. 13, 14 y 25.

Ley 27/2014 (Ley IS), art. 9.

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), art. 9.

Convenio de 6 octubre de 1999 (Convenio con Noruega), arts. 10 y 25.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 88 y 89.3.

Acuerdo de 2 de mayo de 1992 (Espacio Económico Europeo), arts. 4 y 40.

Tratado de 25 de marzo de 1957 (TFUE), arts. 63 a 66.

PONENTE:

Don Jesús Cudero Blas.

Id. CENDOJ: 28079130022021100090

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 2

Sentencia: 253/2021

Recurso: 3829/2019

Fecha de Resolución: 24/02/2021

Procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)

Ponente: JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Magistrados/as

JOSE DIAZ DELGADO ANGEL AGUALLO AVILÉS JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ
FRANCISCO JOSE NAVARRO SANCHIS JESUS CUDERO BLAS ISAAC MERINO JARA MARIA DE LA
ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 253/2021

Fecha de sentencia: 24/02/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3829/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/02/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

Transcrito por: CAR

Nota:

R. CASACION núm.: 3829/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José Golderos Cebrián

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 253/2021

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.23/3/2021 Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos jurisprudencia.poderjudicial.es/search/editorial/ 2/13

D. José Díaz Delgado, presidente
D. Ángel Aguillo Avilés
D. José Antonio Montero Fernández
D. Francisco José Navarro Sanchís
D. Jesús Cudero Blas
D. Isaac Merino Jara
D^a. Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 24 de febrero de 2021.

Esta Sala ha visto en su Sección Segunda, constituida por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación n.º 3829/2019, interpuesto por La Administración General del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia de 7 de febrero de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Segunda) de la Audiencia Nacional, pronunciada en el recurso n.º. 447/2015, contra la resolución del Tribunal Económico- Administrativo Central, de 9 de abril de 2015, por la que se desestimaron las reclamaciones económico administrativas número 7329/2012 y 7330/2012,interpuestas contra las liquidaciones provisionales 200821500007991J y 200821500008033S, dictadas por la Unidad de Gestión de Grandes Empresas de la Delegación Especial de Madrid de la AEAT, por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes sin establecimiento permanente (2º y 4º trimestre de 2008), por importe de 642.591,17 y 2.375.097,20 euros.

Ha comparecido en el recurso de casación como parte recurrida NORGES BANK (Banco Central de Noruega), en su calidad de gestor de inversiones de GOVERNMENT PENSION FUND GLOBAL, representado por la procuradora de los Tribunales D^a. Milagros Duret Argüello. Bajo la dirección letreada de D^o. Víctor Barrio Aranda. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Montero Fernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Resolución recurrida en casación.

En el recurso n.º. 447/2015, seguido en la Sección Segunda Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 7 de febrero de 2019, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO.- 1º)Que debemos ESTIMAR Y ESTIMAMOS el presente recurso contencioso-administrativo número 447/2015, interpuesto por la Procuradora Doña Milagros Duret Argüello, en representación de GOVERNMENT PENSION FUND GLOBAL, perteneciente al NORGES BANK (BANCO CENTRAL DE NORUEGA), asistido del Letrado D. Adolfo Zunzunegui Ruano contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 9 de abril de 2015, por la que se desestimaron las reclamaciones económico administrativas número 7329/2012 y 7330/2012, interpuesta contra las liquidaciones provisionales 200821500007991J y200821500008033S, dictadas por la Unidad de Gestión de Grandes Empresas de la Delegación Especial de Madrid de la AEAT, por el Impuesto sobre la Renta de No Residentes sin establecimiento permanente (2º y 4º trimestre de 2008), por importe de 642.591,17 y 2.375.097,20 euros, y DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS dicha resolución y liquidación de la que traen causapor no ajustarse al ordenamiento jurídico. 2º) Que debemos declarar y declaramos el derecho de la recurrente a obtener ladevolución de las retenciones abonadas, así como a percibir los intereses de demora

devengados por las cantidades a devolver desde la fecha en que se produjo su ingreso hasta la fecha en que efectivamente se proceda a su efectivo pago. 3º) Todo ello con imposición de las costas causadas en este proceso judicial a las partes demandadas".

Segundo.

Preparación del recurso de casación.

Notificada dicha sentencia a las partes, por el Sr. Abogado del Estado, en nombre y representación de La Administración General del Estado, presentó escrito con fecha 15 de abril de 2019, ante la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, preparando recurso de casación, y la Sala, por auto de 27 de mayo de 2019, tuvo por preparado el recurso de casación, con emplazamiento de las partes ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, habiendo comparecido, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA, como parte recurrente La Administración General del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado, y como parte recurrida NORGES BANK (Banco Central de Noruega), en su calidad de gestor de inversiones de GOVERNMENT PENSION FUND GLOBAL, representado por la procuradora de los Tribunales D^a. Milagros Duret Argüello. Bajo la dirección letreada de D^o. Víctor Barrio Aranda.

Tercero.

Admisión del recurso. 23/3/2021 Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos jurisprudencia.poderjudicial.es/search/editorial/ 3/13

Recibidas las actuaciones en este Tribunal, la Sección Primera de esta Sala acordó, por auto de 28 de noviembre de 2019, la admisión del recurso de casación, en el que aprecia que concurren en este recurso de casación las circunstancias de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia previstas en los apartados 3.a) y 2.c) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, precisando que:

" 2º) Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en:

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.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: (i) los artículos 13.1.f).1º y 25.1.f) del TRLIRNR, ambos en relación con el artículo 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; (ii) el artículo 9.1 del TRLIS, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo; (iii) el artículo 40 del AEEE; (iv) los artículos 63 a 66 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".

Cuarto.

Interposición del recurso de casación y oposición.

Recibidas las actuaciones en esta Sección Segunda, el Sr. Abogado del Estado, en la representación que ostenta, por medio de escrito presentado el 28 de enero de 2020, interpuso recurso de casación, en el que expuso que las normas infringidas por la sentencia impugnada son:

1.- Los artículos 13.1.f).1º y 25.1.f) del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del IRNR (TRLIRNR),

2.- El artículo 9.1 TRLIS en relación con el art. 10 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 (CDI), de 6 de octubre de 1999 (BOE de 10-1-2001) y

3.- Los arts. 4 y 40 AEEE, en relación con los artículos 63 a 66 TFUE,

4.- La jurisprudencia del TJUE, concretamente:

SSTJUE de 20-7-2017 (C-416/16) y 18-10-2012 (C- 583/10), al aplicar la libre circulación de capitales a una entidad a la que, por desempeñar funciones inherentes al ejercicio del poder público, no le son aplicables las libertades del mercado interior.

STJUE de 2-6-2016 (C-252/14) en relación con el art. 9 TRLIS, al aplicar la libre circulación de capitales en situaciones que no son objetivamente comparables.

SSTJUE de 10-5-2012 (C-338/11 a C-347/11) y 21-6-2018 (C-480/16) en relación con el art. 9 TRLIS, dada la concurrencia de razones imperiosas de interés general que justifican este último.

STJUE de 16-7-2015 (C-485/14).

El Sr. Abogado del Estado considera que la actividad de los fondos soberanos, sean de Estados miembros o de terceros Estados, que realizan inversiones en Estados miembros, no puede calificarse como actividad económica a los efectos del TFUE puesto que conlleva el ejercicio de funciones inherentes al ejercicio del poder público que constituyen una manifestación de la soberanía estatal, por lo que no le son de aplicación las libertades del mercado interior ni, en concreto, la libre circulación de capitales. Y, subsidiariamente de lo anterior, aun en el caso de que la actividad de los fondos soberanos fuera una actividad económica a los efectos del TFUE, el gravamen sin exención en el IRNR de los dividendos pagados por entidades residentes en España al fondo soberano gestionado por el Norges Bank, no es contrario a la libertad de circulación de capitales de los arts. 63 TFUE y 40 AEEE, aunque según el art. 9 TRLIS (y actual art. 9 LIS), las mismas rentas estarían exentas de tributación en España de haber sido recibidas por las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social española. Ello, por no ser objetivamente comparables el Norges Bank y las entidades gestoras de la Seguridad Social española y por estar amparada la regulación en razones imperiosas de interés general vinculadas al reparto de la potestad tributaria de los Estados y de coherencia del sistema fiscal.

Tras las anteriores alegaciones, terminó suplicando a la Sala "dicte sentencia por la que estime el recurso, revocando la sentencia recurrida y confirmando la resolución administrativa impugnada en la instancia". 23/3/2021 Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos jurisprudencia.poderjudicial.es/search/editorial/ 4/13

Por su parte, la procuradora D^a. Milagros Duret Argüello, en nombre y representación de NORGES BANK (Banco Central de Noruega), en su calidad de gestor de inversiones de GOVERNMENT PENSION FUND GLOBAL, por medio de escrito presentado con fecha 16 de julio de 2020, formuló oposición al recurso de casación, manifestando que:

1.- Respecto a la infracción de los artículos 4 y 40 del AEEE2, 63 a 66 del TFUE y de la jurisprudencia del TJUE aplicable, la libre circulación de capitales resulta de aplicación a las inversiones del Fondo de Reserva de la Seguridad Social Española ya las del GPFPG. Así, en el momento en el que tanto la Seguridad Social como Norges Bank (como gestor de inversiones del GPFPG) realizan inversiones económicas en otras entidades con el mero objetivo de obtener un rendimiento económico, están realizando una actividad económica (no soberana) en el mercado interior y, por tanto, les son de aplicación las normas inherentes al mismo. Concretamente les es de aplicación la normativa respecto a la libre circulación de capitales establecida en el artículo 63 del TFUE, siendo contrario al Derecho de la Unión Europea cualquier discriminación no justificada.

2.- Respecto a la infracción de los artículos 4 y 40 del AEEE y de los artículos 63 a 66 del TFUE: las retenciones practicadas a los dividendos obtenidos por el GPFPG suponen una discriminación por razón de la residencia. Aplicación de la jurisprudencia fijada en la Sentencia de 13 de noviembre de 2019, dictada en el recurso de casación número 3023/2018. El artículo 9 del TRLIS (redacción similar al artículo 9 de la LIS actualmente vigente) contempla una exención que supone una discriminación por el mero hecho de su existencia en relación con las entidades no residentes equivalentes/comparables. Tales entidades, como lo es Norges Bank (en su calidad de gestor del GPFPG), aun cuando acrediten su plena identidad con las entidades residentes (en este caso, con la Seguridad Social que gestiona el Fondo de Reserva), no pueden obtener la ventaja fiscal en cuestión al no resultarles de aplicación el TRLIS (ni el actual LIS), ni encuentran mecanismo alguno en la normativa del IRNR que les permita la aplicación de la exención. Sólo a través de la alegación de la vulneración del Derecho de la Unión Europea, puede verse restituida en su derecho a la aplicación de la exención fiscal previsto en el artículo 9 del TRLIS. El vacío legal existente no puede favorecer el interés recaudatorio de la Administración al tiempo que menoscaba la libre circulación de capitales, y en este sentido, el pronunciamiento de la Sala a quo coincide con el de la Sentencia del Alto Tribunal de 13 de noviembre de 2019.

3.- Respecto a la comparabilidad de ambos Fondos, tanto el gestionado por la Seguridad Social como el gestionado por Norges Bank, declarada por la Sentencia impugnada, no puede ser objeto del presente recurso de casación: exclusión de cuestiones fácticas del recurso de casación ex artículo 87.bis.1 de la LJCA e imposibilidad de plantear cuestiones distintas de las incluidas en la preparación del recurso de casación. En cualquier caso, las situaciones son objetivamente comparables conforme al Derecho de la Unión Europea y el TJUE.

4.- Ausencia de concurrencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen la restricción del artículo 63 del TFUE.

Concluye que (i) la restricción del artículo 9.1. del TRLIS establece una medida fiscal que otorga un trato diferencial a dos entidades que se encuentran en una situación fáctica y jurídica comparable a los efectos del objetivo de la norma; (ii) la exención del artículo 9.1. del TRLIS no se encuentra justificada por cuestiones de interés general y, en todo caso, la Abogacía del Estado ha obviado cualquier elemento de prueba que así pudiera eventualmente

justificarlo; (iii) en todo caso la justificación meramente económica, por lo que el artículo 9.1. del TRLIS vulnera la libre circulación de capitales, no estando amparada por las excepciones previstas en el artículo 65 del TFUE.

Tras las anteriores alegaciones, terminó suplicando a la Sala "dicte Sentencia por la que declare no haber lugar al presente recurso de casación número 3829/2019, confirmando la resolución judicial recurrida". Y por medio de otrosí primero, solicitó la celebración de vista pública.

Quinto.

Señalamiento para deliberación del recurso.

Por providencia de 29 de julio de 2020, el recurso quedó concluso y pendiente de votación y fallo, al no haber lugar a la celebración de vista pública por no advertir la Sala la necesidad de dicho trámite. Llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el 22 de febrero de 2021, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Sobre el contenido de la sentencia impugnada.

Los motivos de desestimación contenidos en la resolución de 9 de abril de 2015 del TEAC, objeto del recurso contencioso administrativo, fueron estrictamente formales, no se entró sobre el fondo de las cuestiones suscitadas; la sentencia impugnada consideró que no concurrían motivos formales para denegar la pretensión actora y entró a dilucidar la controversia atendiendo y resolviendo las cuestiones de fondo.23/3/2021 Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos jurisprudencia.poderjudicial.es/search/editorial/ 5/13

Procede hacer un resumen de las razones que condujeron a la Sala de instancia a estimar la pretensión actuada, atendiendo, exclusivamente, a las cuestiones que propone la parte recurrente y desarrolla en su escrito de interposición al hilo de lo acordado en el auto de admisión del presente recurso de casación. Las cuestiones formales no son objeto de polémica y, por ende, se entienden resueltas en la sentencia de instancia.

Entiende la Sala sentenciadora que la normativa comprometida viene representada por los arts. 4 y 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo de 2 de mayo de 1992, "En el marco de las disposiciones del presente Acuerdo, quedarán prohibidas entre las Partes Contratantes las restricciones de los movimientos de capitales pertenecientes a personas residentes en los Estados miembros de las CE o en los Estados de la AELC, así como las discriminaciones de trato por razón de la nacionalidad o de la residencia de las partes o del lugar donde se hayan invertido los capitales. En el Anexo XII figuran las disposiciones necesarias para la aplicación del presente artículo" - Noruega es un Estado parte de dicho Acuerdo, en lo que ahora interesa se pretende evitar que los dividendos distribuidos a sociedades domiciliadas en los Estados miembros de la UE y en los Estados de la AELC, se les aplique un régimen fiscal menos favorable que el aplicado a los dividendos distribuidos a sociedades residentes- y arts. del 56 a 59 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea -actuales 63 a 69 del TFUE-, "1.En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos decapitales 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", en base al planteamiento que proponía la parte demandante de que las retenciones practicadas sobre los dividendos percibidos en España discriminan al Banco Central de Noruega, con respecto al Estado Español o la Seguridad Social con residencia en España por la mera residencia, al infringir el principio de no discriminación en la libre circulación de capitales, en tanto que las operaciones efectuadas de compras de acciones en el mercado español por el Norges Bank se enmarcan en el principio de circulación de capitales.

Para el Tribunal de instancia el Norges Bank, al retener en la fuente del 15 % al 18% prevista de los dividendos percibidos, soporta en Noruega una carga impositiva mayor que la que soporta el Estado Español o la Seguridad Social Española en relación con los dividendos de la misma naturaleza, en tanto que el Estado Español y Seguridad Social según el artículo 9.1º. a) y d) del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo,"1. Estarán totalmente exentos del impuesto:

- a) El Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales.(...)
- d) Las entidades públicas encargadas de la gestión de la Seguridad Social (...)"

La Sala enjuiciadora entiende que el Fondo de Reserva de la Seguridad Social es un fondo soberano de inversión creado por el Gobierno de España en el año 2000 a fin de garantizar el sistema público de Seguridad

Social, sin que se aprecie entre este y el fondo noruego más diferencias, no significativas, consistentes en que en Noruega la gestión del Fondo se atribuyó por razones meramente organizativas al Norte Bank o Banco Central de Noruega, y en España se atribuyó a la Seguridad Social; y que el 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.

Considera la Audiencia Nacional, siguiendo la jurisprudencia europea, que la normativa fiscal española, en concreto la prevista en el art. 9.1º.d) del Real Decreto Legislativo 4/2004, que establece la distinción entre los organismos nacionales y los establecidos en otro Estado miembro, para que 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 resulte justificada por razones imperiosas de interés general, como la necesidad de preservar la eficacia de los controles fiscales, y 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.

Rechaza la Sala las alegaciones formuladas por el Abogado del Estado que pretende justificar la exención del Estado Español del impuesto sobre sociedades, sobre la base de que estamos en presencia de un impuesto finalista, cuya recaudación forma parte del estado de ingresos de los Presupuestos Generales del Estado, destinada a sufragar los gastos del Estado; para el Abogado del Estado carece de sentido jurídico que el Estado se grave a sí mismo con un tributo no finalista, puesto que ellos 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, auto-tributación que sólo serviría para generar un coste de gestión injustificable e inservible, lo que justifica la exención del Estado Español en el Impuesto sobre Sociedades y no al Estado Noruego, sin que concurra identidad de situaciones, y sin que quepa invocar una discriminación a favor del Estado Español ya que éste, en España, no tiene la misma posición jurídica que el Estado Noruego, más aún si se parte de que el recurrente no es el Estado Noruego sino una entidad, de naturaleza no aclarada, pero que a lo más parecerá un Fondo de Inversión sin que su equiparable español figure en la lista del artículo 9 de entes exentos, la Sala de instancia, como se ha dicho, rechaza estos argumentos en base al pronunciamiento del TJUE, sentencia de 16 de julio de 2015 en el Asunto C- 485/14 que en su Fallo implícitamente viene a rebatir el argumento del Abogado del Estado, al declarar que una 23/3/2021 Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos jurisprudencia.poderjudicial.es/search/editorial/ 6/13. exención que afecta solo a los organismos públicos franceses, y no a los establecimientos públicos de otros Estados miembros es contraria al art. 63 TFUE y al art. 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo; añade la Sala sentenciadora, que 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.

En definitiva, acoge la pretensión actora la Audiencia Nacional al considerar que existe una diferencia puramente geográfica entre el Norges Bank y la Seguridad Social española, sin que la diferencia de trato 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, significando que 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 y, por último, conforme a 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.

Segundo.

Funciones inherentes al ejercicio del poder público.

En su escrito de interposición identifica el Abogado del Estado las características del Fondo de Pensiones Global del Gobierno noruego, creado para ahorrar en beneficio de las futuras generaciones. En esta línea señala que está integrado en el presupuesto fiscal del Estado de Noruega, se nutre de ingresos netos del petróleo transferidos desde el presupuesto del Gobierno central y de los rendimientos del capital del Fondo. Es un depósito en coronas noruegas, colocado por el Gobierno en Norges Bank (Banco Central de Noruega), gestionado por éste último por delegación del Gobierno.

Después de analizar el contenido de la sentencia de la Audiencia Nacional objeto del presente recurso de casación, considera que la misma ha infringido los arts. 13.1.f).1º y 25.1.f) del Real Decreto Legislativo 5/2004, y 9.1 TRLIS en relación con el art. 10 del Convenio entre el Reino de España y el Reino de 6 de octubre de 1999 y con los arts. 4 y 40 AEEE y 63 a 66 TFUE, así como jurisprudencia del TJUE (en particular, SSTJUE de 2-6-2016, C-252/14 y 16-7- 2015, C-485/14. También, SSTJUE de 20-7-2017, C-416/16; 18-10-2012, C-583/10; 10-5-2012, C-338/11 a C-347/11; 21-6-2018, C-480/16).

Vencidas las dudas que al Abogado del Estado le suscitaba la naturaleza del Fondo noruego, hablaba en la instancia de naturaleza no esclarecida que a lo más parecerá un Fondo de Inversión -es un hecho notorio que se

trata del mayor fondosobrano del mundo-, no niega ahora en casación que estemos ante un fondo soberano - aunque niega tal cualidad al Fondo de Reserva de la Seguridad Social-; pues bien, recuerda que los fondos soberanos son "vehículos de inversión gubernamental creados con el objeto de mantener, gestionar y administrar recursos públicos para la consecución de objetivos financieros que pueden nutrirse, según los casos, de exceso de ahorro o excedentes presupuestarios de los Estados, o de reservas de divisas de los Bancos centrales, lo que aquí se plantea, es la tributación de estos fondos soberanos por los dividendos que perciben por sus inversiones en empresas residentes en otros Estados". El primer reparo que la parte recurrente opone a la sentencia, ya nos hemos hecho eco en los Antecedentes de esta Sentencia, es que no ha podido producirse la vulneración del principio a la libre circulación de capitales, pues este principio no es aplicable a las entidades que desempeñan funciones inherentes al ejercicio del poder público. Afirma el Abogado del Estado que la propia sentencia de la Audiencia Nacional ha reconocido que "Ninguna duda existe sobre la naturaleza pública y soberana de las funciones del Norges Bank cuando gestiona el fondo gubernamental de este país. La misma SAN deja claro que el GPFG es un fondo público, gestionado por el Norges Bank por cuenta del Gobierno noruego, sin asumir el riesgo que sería propio de una actividad empresarial". Sin que sea procedente hablar, como se recoge en el auto de admisión de fondos de inversión o de fondos de pensiones, que en modo alguno son equivalentes. En resumen, considera que la actividad de los fondos soberanos que invierten en activos financieros no es una actividad económica a efectos del TFUE, en tanto que conlleva el ejercicio de poder público manifestación de soberanía estatal; por lo que en todo caso sería aplicable el Convenio de Doble Imposición entre España y Noruega.

Se opone la parte recurrida a las alegaciones vistas, pues considera que no toda actividad realizada por una entidad de Derecho Público está excluida de la aplicación de la libre circulación de capitales, con independencia de las características que definan la naturaleza de la actividad en cuestión; la actividad económica que llevan a cabo es "equiparable a la de las entidades privadas, cuando llevan a cabo inversiones en entidades residentes o no residentes, interviniendo en el mercado como cualquier entidad de naturaleza privada y, por tanto, sí les son de aplicación las libertades fundamentales establecidas en el Derecho de la UE, en concreto, la libre circulación de capitales".

La polémica, pues, se centra en dilucidar si es de aplicación o no el principio de libre circulación establecido en los arts. 63 del TFUE y 40 del AEEE.

No existe duda alguna, más adelante se entrará sobre las razones que así lo indican -aunque es cuestionado por el Abogado del Estado respecto del fondo español-, de que tanto el GPFG, como el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, son fondos soberanos (FSI). 23/3/2021 Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos jurisprudencia.poderjudicial.es/search/editorial/ 7/13

Desde nuestro punto de vista, la discusión que plantea el Abogado del Estado sobre esta cuestión, esto es, sobre la aplicación del principio de libre circulación de capitales, resulta artificial, en tanto que la esencia misma de los fondos soberanos reclama la aplicación del art. 63 del TFUE en el ámbito de la UE. Baste entender qué son los fondos soberanos y el papel de todo punto relevante que juegan en la economía global y singularmente en la europea, para considerar que no es posible su encaje en el engranaje de la economía mundial y en el ámbito del libre mercado y de la libre competencia en el marco de la UE, si no le resulta de aplicación el expresado principio. Cierto es que no existe una regulación normativa precisa y acabada de estos fondos soberanos, pero el soft law que lo contempla y su desarrollo práctico marcan las notas que lo caracterizan y delimitan como actividad económica a la que le resulta de aplicación los principios contenidos en el Tratado y la propia normativa de la UE.

Tanto el FMI como los Principios de Santiago, recogen una definición descriptiva de lo que se entiende por fondos soberanos (FSI). Comprende una gama heterogénea de modalidades de inversión con fines especiales de gobierno, son inversiones institucionales que participan en el sistema monetario y financiero internacional. Se le define en los Principios de Santiago como "fondos o estructuras de inversión para un propósito específico, cuya propiedad corresponde al gobierno general". Al señalar sus características principales se habla de que son "Creados por el gobierno general con fines macroeconómicos, los FSI mantienen, gestionan y administran activos con miras a alcanzar objetivos financieros, y emplean una serie de estrategias que incluyen la inversión en activos financieros extranjeros. Estos fondos adoptan diversas estructuras legales, institucionales y de gobierno. Constituyen un grupo heterogéneo, formado por fondos de estabilización fiscal, fondos de ahorro, sociedades de inversión de reservas, fondos para el desarrollo y fondos de reservas jubilatorias con pasivos explícitos por jubilaciones". Otra de sus características que especialmente debe resaltarse es que "invierten atendiendo a criterios económicos y financieros de rentabilidad y riesgo".

Desde luego para las autoridades de la UE no hay duda de que le es de aplicación el principio que comentamos. Fijémonos en la " 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", sobre "Un enfoque común en materia de fondos soberanos".

Parte la Comunicación de la definición ya conocida de los fondos soberanos como vehículos de inversión de propiedad estatal que gestionan una cartera de activos financieros nacionales e internacionales y da cuenta de su proyección internacional convirtiéndose "en una fuente de inversión de importancia sistémica".

Se puede leer en la Comunicación que "El compromiso con la apertura a las inversiones y con la libre circulación de capitales es uno de los principios tradicionales de la UE y es clave para lograr el éxito en un sistema internacional cada vez más globalizado. En tanto que primer socio comercial mundial, y principal fuente y destino mundial de inversión extranjera directa, la UE es uno de los mayores beneficiarios de la apertura del sistema económico mundial. La UE tiene el firme propósito de garantizar que sus mercados permanecen abiertos a la inversión". Se señala el papel que desempeñan en el sistema financiero internacional y los problemas que acompañan a los fondos soberanos, fundamentalmente los peligros que pueden entrañar en los sistemas económicos nacionales sobre sectores estratégicos, aunque limitado fundamentalmente a las inversiones directas.

Es interesante reseñar que en este documento se deja constancia de que a pesar de las deficiencias regulatorias no existe un vacío legal, de suerte que "En Europa, tanto a nivel de la UE como de los Estados miembros existe un régimen exhaustivo de regulación del establecimiento y operaciones de los inversores extranjeros que afecta a los fondos soberanos de la misma forma que a otros inversores extranjeros. Tan pronto como invierten en activos europeos, los fondos soberanos se someten de igual forma que cualquier otro inversor al cumplimiento de la legislación económica y social nacional y de la UE... Por lo que se refiere al marco jurídico de la UE, las inversiones de fondos soberanos en la UE están sujetas a las mismas reglas y controles que cualquier otra forma de inversión, nacional o extranjera, y son aplicables los principios de la libertad de circulación de capital entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países que recoge el artículo 56 del Tratado CE -actual art. 63 del TFUE-". De lo dicho se deriva el marco legal al que vienen sometidos, normativa propia de la UE como de los Estados miembros aplicable a los fondos soberanos de inversión; siendo de destacar que si bien ponen de manifiesto los riesgos y las preocupaciones que conlleva las inversiones directas, con la adopción de posibles medidas precautorias y restrictivas sobre movimientos de capitales siempre que sean compatibles con el Tratado, proporcionadas, no discriminatorias y no vayan en detrimento de obligaciones internacionales, no sucede lo mismo respecto de lo que son estrictamente inversiones de carteras, cuya finalidad es financiera, que persiguen lograr los máximos rendimientos sin control de gestión de las empresas; inversión estrictamente financiera que, ya hemos visto, es la desarrollada por el GPFG y por el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, como se pone de manifiesto en la propia sentencia impugnada, que da cuenta detallada del régimen legal aplicable y los activos sobre los que recae la inversión.

La propia Comunicación pone de manifiesto las consideraciones que el TJUE ha tenido al respecto, en el sentido de que "ha establecido líneas directrices adicionales sobre el modo de garantizar la compatibilidad con el Tratado de este tipo de medidas de los Estados miembros y ha hecho hincapié en el hecho de que razones de tipo estrictamente económico no pueden justificar bajo ningún concepto obstáculos prohibidos por el Tratado". 23/3/2021 Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos jurisprudencia.poderjudicial.es/search/editorial/ 8/13

No existe cuestionamiento alguno de la aplicación del principio de la libre circulación de capital respecto de los fondos soberanos, en tanto que resulta connatural con su propia existencia en el sistema financiero internacional, e incluso se habla de que "uno de los principales objetivos de la política comercial de la UE es abrir los mercados de terceros países a los inversores de la UE con arreglo a los mismos principios que rigen el mercado interior. Esta pretensión sería más difícil de justificar en caso de que la propia UE estableciera barreras internas... El enfoque común de la UE para el tratamiento de los fondos soberanos como inversores debería basarse en los principios siguientes: - Compromiso con un entorno abierto a la inversión: de acuerdo con la Estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo, la UE debería reafirmar su compromiso con la apertura de los mercados al capital extranjero y con un entorno económico de fácil acceso para los inversores. Cualquier medida proteccionista percibida como tal podría inspirar la misma tendencia en terceros países y generar una espiral negativa de proteccionismo. La prosperidad de la UE es deudora de su apertura al resto del mundo y de sus inversiones en el extranjero, lo que la convertiría en la principal víctima de una tendencia hacia el proteccionismo. Al mismo tiempo, la UE debería tratar de abrir los mercados de los países dueños de fondos soberanos a los inversores de la UE y garantizar que reciben un trato justo y equitativo, principalmente a través de las negociaciones de la ALC".

No puede aceptarse, pues, la tesis del Abogado del Estado de que no estamos ante una actividad económica, ni que no resulte aplicable los arts. 63 del TFUE y 40 del AEEE, en tanto que se produce el ejercicio de prerrogativas o poderes públicos excluidas de su ámbito de aplicación, puesto que con independencia de que un fondo soberano de inversión se identifique con el Estado que es su titular, aparte de que sea su propietario o ejerza su control o su gestión, pues como se desprende de los documentos a los que se ha hecho referencia es manifiesto la complejidad de los instrumentos que se emplean, que dan lugar a una gama heterogénea de modalidades, lo realmente determinante es que estamos ante inversores en el mercado de capitales que emplean instrumentos de comercio privado en competencia directa con los actores privados, lo cual neutraliza el elemento soberano como criterio o dato de relevancia para delimitar la actividad y considerar que en dicha actividad inversoras está ejerciendo poderes públicos. Como pone de manifiesto la sentencia de instancia la actividad que analizamos conforma una de las modalidades propias de los movimientos de capital, Directiva 88/361, a los que se le aplica los principios contenidos en los Tratados y en particular el reconocido en el art. 63 del TFUE de libre circulación de capitales.

Los fondos soberanos son vehículos de inversión financiera y como cualquier otra inversión en el mercado de capitales quedan afectados y sometidos a la regulación establecida en la UE respecto de todos los inversores en

los mercados de capital; asegurando la libre competencia con los instrumentos de inversión propios y habituales del sector privado.

A nuestro entender resulta incuestionable que le afecta directamente el principio de libre circulación de capitales, que trasciende no ya sólo a los Estados Miembros y a los Estados del Espacio Económico Europeo, sino también a países terceros, aunque en este caso el dato no tenga trascendencia alguna. Por tanto, cuando se analiza y se aplica la legislación pertinente sobre el ámbito en el que estamos, no cabe distinción alguna entre inversores extranjeros y nacionales, sin perjuicio de las causas previstas en el Tratado que excepcionan el régimen general, siendo aplicable la misma regulación que rige en la UE y, claro está, también, las disposiciones propias del Derecho Fiscal de los Estados Miembros, sin que pueda establecerse diferencias de trato por el lugar de residencia o lugar en donde se haya producido la inversión del capital; rigiendo y siendo esencial en su articulación el principio de libre circulación de capitales, en tanto que el art. 63 del TFUE prohíbe todas las restricciones a los movimientos de capitales, en sus dos proyecciones, esto es, igualdad de trato en el mercado prohibiendo toda discriminación, e igualdad de acceso al mercado prohibiendo cualquier obstáculo. Sin que sea aceptable una regulación nacional que distinga entre inversores extranjeros e inversores nacionales para establecer diferencias que supongan una discriminación prohibida, por lo que debe desestimarse este motivo opuesto por el Sr. Abogado del Estado, puesto que, sin duda alguna, a los fondos soberanos, como instrumentos de inversión en activos financieros, GPFG y Fondo de Reserva de la Seguridad Social, le son de aplicación el principio de libre circulación de capitales consagrado en los arts 63 del TFUE y 40 del AEEE, lo cual trasciende a los potenciales contribuyentes que utilicen dichos instrumentos, en este caso, los titulares de los fondos que nos ocupan.

Tercero.

Situaciones objetivamente no comparables.

En el escrito de interposición señala el Abogado del Estado que, aunque fuese de aplicación al caso el principio de libre circulación de capitales, estamos ante situaciones objetivamente no comparables. Sin embargo, a nuestro entender, esta afirmación se hace confundiendo el objeto susceptible de comparación.

Siguiendo lo dicho en el Fundamento anterior, lo fundamental y lo que en definitiva constituye el elemento de comparación son en sí mismo los fondos soberanos, los instrumentos de inversión, puesto que como se ha indicado la inversión soberana actúa en el mercado a través de instrumentos de comercio privado y en competencia con los actores privados, con lo que queda totalmente neutralizado el elemento soberano que es el que sirve de referencia al Abogado del Estado para la comparación que pretende, puesto que los titulares de los fondos no ejercen prerrogativa o poder público alguno cuando utilizan en sus inversiones dichos instrumentos.23/3/2021 Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos jurisprudencia.poderjudicial.es/secar/editorial/ 9/13

Lo cierto es que a los dividendos obtenidos por el GPFG en España en el período que nos ocupa, por las inversiones realizadas en activos financieros, en este caso acciones de sociedades cotizadas en España, se le retienen y conforman la cuota definitiva un 15% (18%) de los dividendos percibidos, mientras que los beneficios obtenidos por las inversiones en activos financieros en España por el Fondo de Reserva de la Seguridad Social ni sufren retención, ni son sometidos a tributación alguna en España.

Consideramos que el planteamiento que realiza el Abogado del Estado no es el correcto. Ya se ha dado cuenta de las razones por las que a los fondos soberanos le es de aplicación el principio de libre circulación de capitales.

El Abogado del Estado mezcla cuestiones que tienen un tratamiento jurídico bien diferente.

A saber, en el escrito de interposición y al desarrollar el segundo de los motivos de impugnación, parte de unos presupuestos no sólo incompatibles sino contradictorios. Por un lado parte de que el Fondo de Reserva de la Seguridad Social no es un fondo soberano, ciertamente si ello fuera así no habría más controversia, pues desaparecería todo elemento de comparación y con ella todo posible tipo de discriminación interna; pero por otro lado, afirma que estamos ante el supuesto contemplado en el art, 65.1.a) de la TFUE, "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"; lo cual supone una contradicción irresoluble, no se puede negar la condición de fondo soberano, que excluye cualquier trato desigual y discriminatorio entre fondos soberanos no siendo, por tanto, de aplicación el principio de libre circulación de capitales, y al mismo tiempo considerar aplicable una medida justificadora de la desigualdad de trato no discriminatoria, que necesariamente tiene como presupuesto primero e insoslayable la aplicación del principio de libre circulación, en cuyo caso lo procedente es examinar, si el diferente trato fiscal a favor del contribuyente titular del fondo soberano español, respecto del titular del fondo soberano noruego, apartado 3 del citado art. 65, constituye o no 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".

Veamos lo que decimos.

Viene a significar el Abogado del Estado que existen diferencias entre el GPFG y el Fondo de Reserva de la Seguridad Social que le llevan a concluir que estamos ante dos instituciones completamente distintas, por sus

finances, su funcionamiento y el origen y destino de sus fondos; de suerte que manifiesta que el GPFG es un fondo soberano, mientras que el Fondo de Reserva de la Seguridad Social no lo es. Continúa en esta línea señalando que el GPFG es un vehículo de inversión gubernamental desconocido en el derecho español pues se trata de un fondo de inversión público que opera y compete en el mercado como un inversor privado. En España no existe un fondo soberano propiedad del Estado que opere de manera directa indirecta en los mercados de valores privados; es, pues, un fondo público que invierte solo en títulos emitidos por personas públicas. Además le niega al fondo español de reserva de la Seguridad Social, su condición de fondo soberano en cuanto se nutre de las cotizaciones de los trabajadores mientras que el fondo soberano de Noruega se alimenta de los ingresos procedentes del petróleo. Termina marcando diferencias en el sentido de que el GPFG noruego no tiene asumido ningún compromiso de pago de pensiones por lo que sus fondos se pueden dedicar a este propósito o a otros, mientras que el Fondo español de Reserva de la Seguridad Social, tiene por finalidad exclusiva atender las necesidades futuras del sistema en materia de prestaciones contributivas.

Completa su argumentación el Abogado del Estado considerando que estamos pues ante uno de los supuestos contemplados en el art. 65.1.a) de la TFUE, en cuanto se establece una exención a favor de un grupo muy concreto de entidades por formar parte del Estado titular de la potestad tributaria. Justifica el distinto trato fiscal afirmando que no son comparables las entidades de la Seguridad Social Española al Norges Bank, en la medida que este gestiona el GPFG, pues la exención subjetiva que contempla el art. 9 TRLIS, se justifica porque los organismos que contempla constituyen partes integrantes del mismo Estado que recauda los impuestos para financiar los servicios públicos que prestan dichas entidades que operan en España sin ánimo de lucro, a diferencia del Norges Bank; además que se pueden identificar distintas funciones respecto de las que lleva a cabo la Seguridad Social española, sin que pueda compararse el fondo soberano noruego al fondo de reserva español de la Seguridad Social.

Básicamente, como denuncia la parte recurrida, lo que está cuestionando la parte recurrente son los presupuestos fácticos que la Sala de instancia ha tenido por probados y las meras calificaciones que se ha hecho por la Sala de instancia a la luz del relato fáctico, lo cual está vedado en el recurso de casación, más cuando la valoración realizada por la Sala ni siquiera estacada de irracional o arbitraria.

La sentencia impugnada aborda correctamente y por el orden adecuado los problemas suscitados, realiza un examen de las características estructurales y de funcionamiento del Fondo de Reserva de la Seguridad Social a los efectos de considerarlo como un fondo soberano, análisis que realizó el GPFG de forma extensa en el Fundamento Cuarto, y aborda la diferencia de trato fiscal a favor del Estado español y de la Seguridad Social. 23/3/2021 Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos jurisprudencia.poderjudicial.es/search/editorial/ 10/13

Centra el problema poniendo de manifiesto un hecho que resulta objetivo e incuestionable, que es la distinta carga impositiva que refleja el distinto trato, "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 Bank soporte en Noruega una carga impositiva mayor que la que soporta el Estado Español o la Seguridad Social Española en relación con los dividendos de la misma naturaleza".

Sin solución de continuidad entra a examinar la estructura, características, funciones y finalidad del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, comparando con las notas características del GPFG.

Considera que "El Fondo de Reserva de la Seguridad Social (a veces llamado hucha de las pensiones) es un fondo soberano de inversión creado por el Gobierno de España en el año 2000 a fin de garantizar el sistema público de Seguridad Social". Lo que corrobora con la cita expresa y precisa de su regulación y del régimen legal al que viene sometido.

Estando, pues, ante dos fondos soberanos, los elementos de comparación que propone el Abogado del Estado no son válidos, ya que, como se ha puesto de manifiesto, los fondos soberanos son vehículos de inversión para un fin específico de propiedad estatal, esta es la idea base, y va de suyo que perteneciendo a organismos público estatales, cada Estado tendrá la organización política y administrativa que considere más adecuada, por lo que el tipo de organismo público al frente del fondo resulta irrelevante a los efectos de justificar diferencias no discriminatorias. En principio, pues que el fondo noruego pertenezca y sea gestionado por un organismo público noruego, Banco Central de Noruega, y el Fondo de Reserva de la Seguridad Social sea de titularidad y sea gestionado por un organismo público, Tesorería General de la Seguridad Social, con estructuras y funcionalidad distintas resulta indiferente a los efectos que interesa, y un ejercicio inútil buscar diferencias justificativas del distinto trato en base a las diferencias estructurales de los organismos públicos titulares de los fondos pertenecientes a Estados con su propia organización política y administrativa, que por lo general van a diferir entre sí, o por la forma de gestionar los mismos.

También es de señalar que, ya se ha dicho, los fondos soberanos son estructuras complejas y heterogéneas, entre sus modalidades se distingue por razón de los fines específicos que persiguen, estando entre las más usuales los "fondos de reservas jubilatorias con pasivos explícitos por jubilaciones", que se identifican y distinguen como

modalidad dentro de los fondos soberanos precisamente por el fin gubernamental perseguido dirigido a optimizar las prestaciones sociales por jubilación.

Conviene, también, dejar constancia que la discriminación prohibida por el art. 63 del TFUE, no es sólo la directa, no es sólo la que surge de medidas que provocan de forma directa la discriminación prohibida, sino también la indirecta, esto es, aquellas medidas que neutrales en apariencia dan lugar al mismo resultado prohibido.

En el caso que nos ocupa, estamos en presencia de fondos soberanos que invierten en activos financieros en España, uno en acciones de sociedades que cotizan en España, otro en deuda pública española -no puede existir comparación, lógicamente, de las inversiones que el Fondo de Reserva hace en deuda pública de países miembros expresamente autorizadas, resultando irrelevante ahora el tratamiento fiscal que reciben los rendimientos procedentes de dichas inversiones-, ambos pertenecientes a organismos públicos y ambos con el mismo fin específico gubernamental, y cuya diferencia de trato se concreta en que el primero tributa efectivamente por los beneficios, los dividendos, obtenidos al 15% (18%), y el otro no tributa por los beneficios producidos por la inversión en los activos financieros limitada a deuda pública española, pretendiendo justificarse el distinto trato mediante la exención subjetiva fiscal que le otorga la legislación española al organismo público español. Lo procedente, pues, es, siendo aplicable el principio de libre circulación de capitales, examinar si el distinto trato recibido por uno y otro fondo, supone, o no, una discriminación arbitraria o una restricción encubierta sin justificación suficiente.

Esta tarea es la que asume la Sala de instancia. Identifica la medida que da lugar a la diferencia de resultado respecto de los fondos soberanos en contraste, "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". Realiza un estudio pormenorizado del Fondo de Reserva de la Seguridad Social -respecto del GPF, ya se hizo en el Fundamento Cuarto de la Sentencia- y de los organismos titulares de uno y otro fondo soberano, y concluye que "el Norges Bank y la Seguridad Social realizan idénticas funciones", y que el fondo soberano español se asemeja en la gestión, finalidad y destino de las inversiones al fondo noruego, al punto que la "Seguridad Social posee y gestiona el Fondo de Reservas de la Seguridad Social en términos similares al Norges Bank"; sin más diferencias, no significativas, que las ya apuntadas, una los organismos que los gestionan y otra las inversiones en renta variable, uno, y en deuda pública de algunos países, otro.

Siendo ello así, como apunta la parte recurrida, la discrepancia de la parte recurrente es esencialmente fáctica, de suerte que prácticamente se limita a discrepar del examen de las características de ambos fondos que hace la Sala de instancia enjuiciadora. 23/3/2021 Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos jurisprudencia.poderjudicial.es/search/editorial/ 11/13

Pretende el Abogado del Estado justificar el distinto trato fiscal que reciben ambos fondos porque los organismos a los que se le reconoce la exención constituyen partes integrantes del mismo Estado, operando en España sin ánimo de lucro, a diferencia del Norges Bank, y por las distintas funciones que desempeñan. Lo cual, lejos de justificar la no discriminación, lo que procura es abundar más en el distinto trato discriminatorio. Ya se ha dicho que la condición de instrumentos de inversión que compiten en el mercado financiero de los fondos soberanos, y desde la perspectiva de la libre circulación de capitales, neutraliza el elemento soberano consustancial a los mismos, lo que se refleja nítidamente en el caso que nos ocupa, porque como bien señala la parte recurrida, conforme al art. 3.2 de la Ley 28/2003, "se integrarán automáticamente en las dotaciones del fondo los rendimientos de cualquier naturaleza que generen la cuenta del Fondo de Reserva y los activos financieros en que se hayan materializado las dotaciones del Fondo de Reserva. Es decir, en ambos casos los fondos se nutren de una serie de recursos que provienen del Gobierno / presupuestos generales de cada país y otra parte que deriva de la actividad inversora del propio fondo". Cuando el Fondo de Reservas invierte en el mercado español de deuda pública no está ejerciendo ninguna potestad soberana, simplemente busca optimizar sus recursos compitiendo en un mercado financiero libre en competencia con otros inversores, está realizando una actividad inversora que conforma genuinamente la libre circulación de capitales con fines claramente lucrativos -así nos ilustra la sentencia de instancia cuando se remite al art. 1, apartado 1, de la Directiva 88/361, sobre las distintas categorías que comprende los movimientos de capitales-, pretender la no tributación de los beneficios del Fondo de Reserva por los beneficios de su inversión en activos financieros, como sí sucede respecto del GPF, por la exención subjetiva prevista legalmente para los organismos públicos que forman parte del Estado, carece de justificación desde la perspectiva de la libre circulación de capitales en tanto que fiscalmente la exención es una medida aséptica en apariencia -dediscriminación encubierta que se habla en la jurisprudencia del TJUE-, pero proyectada en el marco que nos ocupa produce un resultado desigual y discriminatorio en la tributación por los rendimientos obtenidos por uno y otro fondo soberano, y, por ende, para los contribuyentes potenciales, tal y como concluye la sentencia de instancia.

Por todo ello, sin perjuicio de la potestad de los Estados miembros en materia fiscal, la exención subjetiva establecida respecto del titular del fondo soberano residente por los rendimientos obtenidos por sus inversiones en activos financieros, en los términos vistos, no se justifica porque esté afectando a situaciones que nos son objetivamente comparables, como ha quedado expuesto anteriormente.

Cuarto.

Razones imperiosas de interés general.

A la alegación de la concurrencia de razones imperiosas de interés general realizada por el Abogado del Estado para justificar el distinto tratamiento fiscal, la sentencia de instancia, recogiendo la mejor jurisprudencia emanada del TJUE y en particular analizando las sentencias de 2 de junio de 2016 (asunto C- 252/14) y de 16 de julio de 2015 (asunto C- 485/14), distingue el trato diferenciado permitido, art. 65.1.a) del TFUE, de las discriminaciones arbitrarias o de las restricciones encubiertas prohibidas por el apartado 3 de dicho artículo, y concluye que 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". Recoge la sentencia las razones aducidas por el Abogado del Estado para justificar el distinto tratamiento en cuanto a la exención subjetiva reconocida: el Impuesto sobre Sociedades es un tributo no finalista, destinado a sufragar los gastos del Estado; carece de sentido que el Estado se grave a sí mismo; la auto-tributación que generaría sólo produciría más gastos de gestión, sería injustificable e inservible, teniendo la relación jurídica tributaria creada idéntico sujeto activo y pasivo, el Estado; el Impuesto sobre Sociedades, no es aplicable en España al Estado Noruego; no concurre identidad de situaciones entre el Estado español y el noruego, más aún cuando el recurrente no es el Estado Noruego sino una entidad, de naturaleza no aclarada. Pues bien, lo dicho en la última de las sentencias citadas le sirve de razonamiento a la Sala de instancia para rechazar la argumentación del Abogado del Estado, "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 establecimientos 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 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. 23/3/2021 Consejo General del Poder Judicial: Buscador de contenidos jurisprudencia.poderjudicial.es/search/editorial/ 12/13

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". Insiste el Abogado del Estado en que concurren razones imperiosas de interés general, considera compatible con el Derecho Comunitario al establecer una regulación, la exención subjetiva vista, justificada en razones imperiosas de interés general, vinculadas al reparto de la potestad tributaria de los Estados y a la coherencia del sistema fiscal, siendo este un objetivo legítimo que puede justificar una restricción al ejercicio de una libertad de circulación en el seno de la UE, así como la coherencia del régimen tributario que concurre por la vinculación entre las exenciones subjetivas previstas en la norma y los prestadores de los servicios públicos que se trata de financiar produciéndose una confusión patrimonial. Más singularmente señala que en el caso del Fondo español de reserva de la Seguridad Social, la exención tributaria se basa en una específica razón de interés general, en cuanto busca evitar que las rentas puedan destinarse a fines distintos de la atención a los compromisos futuros de pensiones contributivas. Considera que la sentencia de referencia para negar la concurrencia de razones imperiosas de interés general no es aplicable en este caso en el que la discriminación en el trato tributario, se produciría no ya entre los nacionales, sino entre los propios Estados y, en definitiva, si otros Estados miembros y sus organismos públicos están exentos de tributar en España.

Desde nuestro punto de vista vuelve a emplear el Abogado del Estado un plano que desenfoca el marco sobre el que debe hacerse el análisis. Ciertamente ningún reparo, en el legítimo uso de la potestad tributaria que compete al Estado español, cabe hacer a que por el conjunto de razones que señala el Abogado del Estado, se establezca la exención subjetiva en el impuesto sobre sociedades a favor de "a) El Estado, las comunidades autónomas y las entidades locales. [...], d) Las entidades públicas encargadas de la gestión de la Seguridad Social [...]", lo que sucede, sin embargo en el caso que nos ocupa, es que a través de la exención subjetiva a las entidades públicas encargadas de la Seguridad Social, se está indirecta y encubiertamente estableciendo un trato de favor que lleva como resultado concretado en la no tributación de un fondo soberano que realiza una actividad económica

en el mercado financiero por puras razones de su residencia en España, puesto que atendiendo a las propias alegaciones de la parte recurrente sobre las características recaudatorias de carácter general y no finalista del impuesto de sociedades y los propios caracteres de gestión que señala, son esas mismas razones las que excluyen razón alguna de interés general justificativa del distinto resultado respecto de la tributación de los concretos fondos soberanos que nos ocupan, puesto que estamos ante ingresos obtenidos en mercados financieros con una clara finalidad -característica de los fondos soberanos es perseguir un fin específico gubernamental-, art. 91 del Real Decreto Legislativo 1/1994, "En la Tesorería General de la Seguridad Social se constituirá un Fondo de Reserva de la Seguridad Social con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema de la Seguridad Social en materia de prestaciones contributivas, en la forma y demás condiciones que determine la ley reguladora del mismo", art. 4 de la Ley 28/2003, sobre "Disposición de activos del fondo" preveía que "(...)La disposición de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social se destinará con carácter exclusivo a la financiación de las pensiones de carácter contributivo y demás gastos necesarios para su gestión..." , y un régimen jurídico y de gestión claramente diferenciado respecto de los ingresos públicos de naturaleza recaudatoria, como pone de manifiesto la sentencia de instancia que remite y transcribe la normativa aplicable y su reproducción en el Real Decreto Legislativo 8/2015. En definitiva, el no sujetar y no tributar los rendimientos obtenidos en los mercados financieros españoles por parte del titular del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, o al contrario establecer la tributación por los rendimientos obtenidos en el mercado financiero de acciones español al titular del GPFG, no alumbran luz alguna sobre la concurrencia de razones imperiosas de interés general que justifiquen el distinto trato fiscal, ni queda afectada la potestad tributaria, ni se ve comprometida la coherencia del sistema tributario, en tanto que la única razón que resulta evidente y que descubre la desigualdad y el trato discriminatorio, es puramente recaudatoria y económica.

Sin que pueda aceptarse el postulado que pretende introducir el Abogado del Estado en cuanto que en todo caso la discriminación en el trato tributario, no es entre los nacionales, sino entre los propios Estados y, en definitiva, si otros Estados miembros y sus organismos públicos están exentos de tributar en España; puesto que ello significa desconocer la naturaleza, función y finalidad de los fondos soberanos, en cuya actividad, como inversores en los mercados financieros, ya se ha dicho, neutraliza el elemento soberano y difumina el reconocimiento del ejercicio de poderes públicos, actuando los organismos públicos titulares y gestores de los fondos soberanos en libre competencia con el resto de inversores y sometidos al régimen jurídico a propósito ajeno al que le correspondería como sujeto investido las prerrogativas propias de tales organismos públicos.

Quinto.

Cuestión con interés casacional.

Por todo lo dicho, a la cuestión con interés casacional formulada en el auto de admisión debe contestarse afirmativamente en el sentido de que 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.

Lo cual debe conducirnos a desestimar el presente recurso de casación.

Sexto.

Pronunciamiento sobre costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, no procede declaración expresa de condena a las costas del recurso de casación, al no apreciarse mala fe o temeridad en la conducta procesal de ninguna de las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

1º) Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico quinto.

2º) Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia de 7 de febrero de 2019, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Segunda) de la Audiencia Nacional, pronunciada en el recurso nº. 447/2015, cuya confirmación procede.

3º) No formular pronunciamiento sobre las costas del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

José Díaz Delgado

Ángel Aguallo Avilés José Antonio Montero Fernández

Francisco José Navarro Sanchís Jesús Cudero Blas

Isaac Merino Jara Esperanza Córdoba Castroverde

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma D.JOSÉ ANTONIO MONTERO FERNÁNDEZ, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Letrado de la Administración de Justicia. 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.