

Exención de los dividendos obtenidos en España por fondos soberanos extranjeros

Eduardo Martínez-Matosas Ruiz de Alda

Socio del Área de Fiscal de Gómez-Acebo & Pombo

Luis Cuesta Cuesta

Asociado senior del Área de Fiscal de Gómez-Acebo & Pombo

Pilar Álvarez Barbeito

Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de La Coruña
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

El Tribunal Supremo confirma en casación que someter a retención los dividendos de fuente española obtenidos por fondos soberanos extranjeros supone una vulneración del principio de no discriminación en la libre circulación de capitales.

El Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 24 de febrero del 2021 (rec. núm. 3829/2019) y de 2 de marzo del 2021 (rec. núm. 3834/2019), resuelve en casación sendos recursos planteados contra dos sentencias de la Audiencia Nacional en las que se reconoció al Norges Bank (Banco Central de Noruega) el derecho a obtener la devolución de las retenciones practicadas sobre los dividendos de fuente española, con sus correspondientes intereses de demora.

En el primero de esos fallos, a cuyos argumentos se remite en gran parte el segundo de ellos, la Audiencia Nacional entendió que someter a una retención en la fuente —del 15 % al 18 %— los dividendos generados tras la compra de acciones cotizadas en el mercado español por el Norges Bank —como propietario y gestor de una institución de inversión colectiva (Government Pension Fund Global) destinada a cubrir compromisos por pensiones futuras en Noruega—

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

mientras que el Estado español o la Seguridad Social española se hallan exentos cuando obtienen dividendos de la misma naturaleza —al amparo de los dispuesto en el artículo 9 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, cuya redacción era similar a la del actual artículo 9 de la Ley 27/2014— supone una vulneración del principio de no discriminación en la libre circulación de capitales.

En el recurso de casación planteado, el abogado del Estado se opone a la sentencia recurrida, en primer lugar, porque entiende que no ha podido vulnerarse dicho principio al no resultar éste aplicable a las entidades que desempeñan funciones inherentes al ejercicio del poder público. Considera así que la actividad de los fondos soberanos que invierten en activos financieros no es una actividad económica a efectos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en la medida en que conlleva el ejercicio de poder público, manifestación de la soberanía estatal. Dicho argumento no ha sido aceptado por el Tribunal Supremo al entender —independientemente tanto de la heterogeneidad de los fondos soberanos como de que éstos puedan identificarse con su Estado titular— que lo realmente determinante es que son inversores en el mercado de capitales en competencia directa con los actores privados, extremo que neutraliza el elemento soberano como criterio de relevancia para delimitar su actividad y para considerar que con ella se están ejerciendo poderes públicos. Entendiendo, por tanto, que los fondos soberanos son vehículos de inversión financiera sometidos a la regulación comunitaria que afecta a todos los inversores en los mercados de capital, el alto tribunal no tiene duda alguna de que les afecta directamente el principio de libre circulación de capitales, sin que quepa establecer diferencias en ese contexto entre inversores extranjeros y nacionales y sin perjuicio de las causas previstas en el tratado que excepcionan el régimen general.

Precisamente con el fin de incidir en la concurrencia de tales causas, el abogado del Estado argumentó, para el caso de que fuese de aplicación el citado principio, que se trata de situaciones objetivamente no comparables, ya que, mientras el fondo soberano noruego merece tal calificación —compitiendo en el mercado como un inversor privado—, el Fondo de Reserva de la Seguridad Social no reúne las características propias de los fondos soberanos —al considerarlo un fondo público que invierte sólo en títulos emitidos por personas públicas, que se nutre de cotizaciones de los trabajadores y cuyo fin único es el de atender las necesidades futuras del sistema de pensiones—. Una vez más, el Tribunal Supremo disiente de tal argumentación, entendiendo que el carácter de fondo soberano del Fondo de Reserva de la Seguridad Social —deducido del análisis de sus características estructurales y de funcionamiento— obliga a reconducir la cuestión al análisis de si, siendo aplicable el principio de libre circulación de capitales, el distinto trato recibido por uno y otro fondo supone o no una discriminación arbitraria o una restricción encubierta sin justificación suficiente.

En opinión del abogado del Estado, no existe tal discriminación, ya que la exención subjetiva objeto de controversia se justifica porque los organismos considerados constituyen partes integrantes del mismo Estado que recauda los impuestos para financiar los servicios públicos que prestan dichas entidades, las cuales operan en España sin ánimo de lucro, a diferencia del

Norges Bank. Sin embargo, partiendo de la condición de los fondos soberanos como instrumentos de inversión que compiten en el mercado financiero con fines lucrativos —extremo que también cabe predicar del Fondo de Reserva de la Seguridad Social—, el Tribunal Supremo entiende que los citados argumentos, lejos de justificar la no discriminación, lo que hacen es ahondar más en un trato discriminatorio que no puede ampararse en una exención subjetiva prevista legalmente para los organismos públicos que forman parte del Estado.

Por otra parte, para justificar el distinto tratamiento fiscal, la Abogacía del Estado alega también la concurrencia de razones imperiosas de interés general vinculadas fundamentalmente al reparto de la potestad tributaria de los Estados y a la coherencia del sistema fiscal. Así, destaca el hecho de que el impuesto sobre sociedades sea un tributo no finalista, destinado a sufragar los gastos del Estado, por lo que carece de sentido que el Estado se grave a sí mismo, y resalta también la circunstancia de que dicho impuesto no sea aplicable al Estado noruego —por lo que no concurre una identidad de situaciones entre el Estado español y el noruego—. El Tribunal Supremo, por su lado, entiende que las propias alegaciones de la parte recurrente sobre las características recaudatorias de carácter general y no finalista del impuesto de sociedades son precisamente las que excluyen cualquier razón de interés general justificativa del distinto trato tributario otorgado a los fondos soberanos que nos ocupan. En ese sentido —destaca—, los ingresos obtenidos por los fondos soberanos en los mercados financieros tienen una clara finalidad lucrativa, persiguen un fin específico gubernamental y se acogen a un régimen jurídico y de gestión claramente distintos de los que cabe predicar de los ingresos públicos de naturaleza recaudatoria.

En definitiva, el diferente trato fiscal otorgado a los dividendos obtenidos en los mercados financieros españoles por parte del titular del Fondo de Reserva de la Seguridad Social y por el titular del fondo soberano noruego no puede ampararse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general basadas en una supuesta afectación de la potestad tributaria ni en la coherencia del sistema tributario, habiendo de concluirse, por tanto, que la única razón de la desigualdad y discriminación es la puramente recaudatoria y económica.

De acuerdo con los argumentos anteriores, el alto tribunal concluye que el gravamen sin exención en el impuesto sobre la renta de no residentes de los dividendos de fuente española percibidos por una entidad pública no residente y sin establecimiento permanente en nuestro país —un gravamen gestionado por una institución de inversión colectiva destinada a cubrir compromisos por pensiones futuras en ese otro país— es contrario a la libertad de circulación de capitales, ya que las mismas rentas estarían exentas de tributación de haber sido recibidas por las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social.

Como ya hemos señalado, gran parte de los argumentos vertidos en la sentencia comentada han sido reproducidos por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo del 2021, en la que se cuestionaba la retención a la que, en ese caso, se habían sometido los dividendos de fuente española obtenidos por el Norges Bank, que, como propietario y responsable de administrar

la reserva de divisas de dicho país, invirtió parte de aquélla en acciones de sociedades españolas cotizadas. En ese caso, la parte demandante alegó ante la Audiencia Nacional que el Norges Bank es una entidad perfectamente identificable y comparable con el Banco de España, puesto que ambas están dotadas de funciones similares, de manera que la no aplicación de la exención en el impuesto sobre la renta de no residentes a las rentas de fuente española obtenidas por la reserva titularidad del Banco Central de Noruega suponía una discriminación incompatible con las disposiciones de directa e imperativa aplicación.

La Audiencia Nacional estimó su recurso partiendo de una premisa fáctica esencial: el Norges Bank y el Banco de España son entidades que realizan funciones «idénticas» a los efectos que nos ocupan, de tal manera que «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)» y «estos beneficios se ingresan, íntegramente, en el Tesoro». Y añade: «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».

Pues bien, el Tribunal Supremo confirma ahora tales argumentos entendiendo, por tanto —de acuerdo con la normativa de la Unión Europea y con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo—, que se discriminó a la entidad noruega, lo que le ha llevado a desestimar el recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra el fallo de la Audiencia Nacional.

Esta jurisprudencia, por tanto, altera de forma sustancial la tributación de los fondos soberanos extranjeros que obtienen rentas en España.