

FACULTAD
DE DERECHO

UAM Universidad Autónoma
de Madrid

Departamento de Derecho Público y
Filosofía Jurídica

**LA EXENCIÓN DE LOS DIVIDENDOS
DE FUENTE EXTRANJERA EN EL
IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES**

TESIS DOCTORAL

ÁLVARO DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA

DIRECTOR

FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO

Madrid, Enero 2021

Tesis doctoral: La exención de los dividendos de fuente extranjera en el impuesto sobre sociedades.

Doctorando: Álvaro de la Cueva González-Cotera.

Director: Félix Alberto Vega Borrego.

Resumen: Desde 1996 el legislador español ha tratado de fomentar la inversión española en el extranjero a través de la aplicación del método de exención para la eliminación de la doble imposición económica de dividendos.

Este método fue modificado en profundidad con la aprobación de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (art. 21). Esta norma reguló de forma uniforme la exención de los dividendos de fuente extranjera e interna, así como eliminó diversas cláusulas de la redacción anterior que planteaban problemas de compatibilidad con el Derecho europeo. Se realizó, pues, una revisión en profundidad del artículo 21 de la LIS, cuya redacción aplicable a los dividendos había permanecido prácticamente sin cambios, desde el año 2004.

Esa revisión en profundidad fue aprovechada por el legislador para resolver algunos de los problemas tradicionales de la anterior regulación, como la ausencia de un concepto de dividendos o participaciones en beneficios, la reformulación del concepto de impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS español o la supresión de las complejidades existentes en torno a la determinación de la naturaleza empresarial de los ingresos de las entidades directamente participadas. Sin embargo, la reforma se quedó corta en algunas cuestiones muy relevantes como el propio concepto de dividendos o participaciones en beneficios, el requisito de participación significativa (complicado de forma innecesaria por una regla de participación indirecta a través de sociedades holding) o el requisito de tributación comparable (complicado con dos reglas distintas de comparabilidad, una cuantitativa y otra cualitativa, y además con una redacción técnicamente mejorable).

Igualmente, existen otras cuestiones que también pueden mejorarse técnicamente. En el trabajo se abordan, entre otras, las siguientes: las asimetrías híbridas, la relación de la aplicación del método de exención con los convenios de doble imposición y la transparencia fiscal internacional. Lo anterior constante la complejidad que desencadena el método de exención con otros aspectos del Impuesto sobre Sociedades.

La tesis aborda también las medidas recientemente incorporadas a nuestro ordenamiento a través de la LPGE 2021 y, particularmente, la reducción de la cuantía exenta al 95 por ciento del importe del dividendo, cuya redacción, aparte de su incidencia sobre los principios de justicia tributaria, introduce dudas diversas, tanto de constitucionalidad (por regularse en una Ley de Presupuestos) como de compatibilidad con el Derecho de la UE e incluso en relación con la concreción de la cuantía exacta de la exención.

Todos estos aspectos de la exención de los dividendos de fuente extranjera se abordan en profundidad en la tesis doctoral, con propuestas de reforma y modificación de la normativa vigente para mejorar técnicamente algunos aspectos de este régimen y seguir fomentando la internacionalización de las empresas españolas en el competitivo entorno económico internacional.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO Y FILOSOFÍA JURÍDICA
ÁREA DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO

**LA EXENCIÓN DE LOS DIVIDENDOS
DE FUENTE EXTRANJERA
EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES**

TESIS DOCTORAL QUE SE PRESENTA PARA LA OBTENCIÓN DEL
GRADO DE DOCTOR

DOCTORANDO: D. Álvaro de la Cueva González-Cotera
DNI: 51060424-X
DIRECTOR: Dr. D. Félix Alberto Vega Borrego

MADRID - 2021

ÍNDICE

ABREVIATURAS	vi
INTRODUCCIÓN	x
CAPITULO I: ORIGEN, FUNDAMENTO Y CONFIGURACIÓN DEL MÉTODO DE EXENCIÓN	1
1. El origen del método de exención	1
2. Fundamento técnico y modalidades del método de exención	11
2.1. Fundamento técnico	11
2.2. Modalidades del método de exención en la eliminación de la doble imposición	23
3. Origen y evolución histórica del método de exención en España	25
3.1. Primera etapa: Antes de 1978	25
3.2. Segunda etapa: 1978-1995	29
3.3. Tercera etapa: De 1996 hasta la actualidad	33
4. Configuración técnica del método de exención en las diversas normativas introducidas desde 1996	39
4.1. Planteamiento de la cuestión	39
4.2. La peculiar configuración técnica de la redacción legal de 1996	42
CAPITULO II: EL CONCEPTO DE DIVIDENDOS O PARTICIPACIONES EN BENEFICIOS	48
1. Consideraciones previas	48
2. El concepto de "dividendos o participaciones en beneficios"	49
2.1. Antecedentes y planteamiento de la cuestión	49
2.2. Los dividendos o participaciones en beneficios <i>ex lege</i>	56

Índice

2.2.1. Las rentas derivadas de valores representativos del capital o los fondos propios de entidades	58
2.2.1.1. La (no) necesidad de la condición de socio	62
2.2.1.2. La disociación de la naturaleza jurídica y contable de los dividendos	66
2.2.2. Las rentas de préstamos participativos	71
2.2.3. Los dividendos "manufacturados" en operaciones de préstamos de valores	82
2.3. Otros "dividendos o participaciones en beneficios"	89
2.3.1. Planteamiento de la cuestión	89
2.3.2. Las rentas procedentes de la reducción de capital con devolución de aportaciones y la distribución de prima de emisión	100
2.3.3. Las rentas recalificadas como dividendos o participaciones en beneficios	110
2.3.3.1. Los ajustes por operaciones vinculadas realizados por administraciones extranjeras	112
2.3.3.2. Los intereses recalificados en dividendos por aplicación de normas de subcapitalización	117
2.3.4. Las cuentas en participación	125
2.3.5. Otras rentas	128
3. Consideraciones finales: hacia un nuevo concepto de dividendos	130
CAPITULO III: REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN	136
1. La existencia de una participación mínima	136
1.1. El porcentaje de participación mínima	138
1.1.1. El porcentaje del 5 por ciento	138
1.1.2. Las participaciones directas o indirectas	143
1.1.3. El objeto de la participación	146
1.2. El valor de adquisición mínimo.	149
1.2.1. La redacción inicial de la LIS	149

1.2.2. La situación a partir del 1 de enero de 2021	155
1.3. El periodo de posesión ininterrumpida	157
1.3.1. Antecedentes	158
1.3.1.1. La redacción original de la LIS de 1995	158
1.3.1.2. La evolución tras el Real Decreto-Ley 3/2000	165
1.3.2. La situación en la LIS	166
2. La existencia de una tributación comparable al IS español	171
2.1. La regla convencional	177
2.1.1. Antecedentes	177
2.1.2. Naturaleza jurídica de la norma	180
2.1.3. Análisis de sus requisitos	183
2.2. La regla de tributación mínima	193
2.2.1. La regla de sujeción y no exención	194
2.2.2. Los tributos extranjeros sobre la renta	203
2.2.3. El tipo de gravamen del 10 por ciento	209
3. La no residencia en paraísos fiscales	217
4. La aplicación de la exención a los dividendos de "sociedades holding"	224
4.1. El requisito de participación mínima	227
4.1.1. El concepto de "ingresos" y su cómputo a nivel individual o de grupo de sociedades	235
4.1.2. La relación con el valor de adquisición mínimo	241
4.1.3. Aspectos temporales	247
4.1.4. Supuestos de no aplicación	252
4.2. El requisito de tributación comparable	259
4.3. La cláusula de cierre para sociedades holding	262
5. Los supuestos de exclusión de la exención	268
6. Consideraciones finales	283
CAPÍTULO IV. OTRAS CUESTIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL MÉTODO DE EXENCIÓN A LAS RENTAS DE FUENTE EXTRANJERA	295

1. Consideraciones previas	295
2. La cuantificación de la renta exenta	296
2.1. La determinación de la base de la exención	296
2.2. El porcentaje de exención	299
2.2.1. El porcentaje concreto de exención	301
2.2.2. La incompatibilidad con el Derecho de la UE	307
2.2.3. La excepción a la regla general	317
3. La coordinación con los convenios de doble imposición	320
4. La relación con el método de imputación de los artículos 31 y 32 de la LIS	330
5. La irrelevancia del origen empresarial de las rentas subyacentes	344
6. La (des)coordinación con la transparencia fiscal internacional	349
6.1. Antecedentes	351
6.2. La situación en la redacción inicial de la Ley 27/2014	355
6.3. La relación tras la futura transposición de la Directiva anti-abuso	360
7. La coordinación con el régimen de atribución de rentas	370
8. La falta de coordinación con el pago fraccionado mínimo	378
8.1. La incompatibilidad con la libertad de establecimiento	383
8.2. La incompatibilidad con la Directiva matriz-filial	386
9. La coordinación con los regímenes especiales de la LIS 391	
9.1. Las entidades de capital-riesgo	392
9.2. Las instituciones de inversión colectiva	398
9.3. Las sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario	400

10. Consideraciones finales	403
CONCLUSIONES	408
BIBLIOGRAFÍA	422

ABREVIATURAS

AEAT:	Agencia Estatal de Administración Tributaria.
ATAD:	Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de junio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior.
BEPS:	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i> (conjunto de acciones contra la planificación fiscal agresiva promovidas por la OCDE).
CCo:	Código de Comercio, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885.
EAR:	Entidades en régimen de Atribución de Rentas.
ECR:	Entidades de Capital Riesgo.
EEE:	Espacio Económico Europeo.
ETVE:	Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros.
GATT:	Acuerdo Internacional sobre Aranceles y Comercio. Ronda Uruguay de 1994.
ICAC:	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.
IIC:	Instituciones de Inversión Colectiva

La exención de los dividendos de fuente extranjera en el IS

IRPF:	Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
IS:	Impuesto sobre Sociedades.
JSCP:	<i>Juros Sobre o Capital Propio.</i>
LECR:	Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado.
LGT:	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
LIRPF:	Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
LIRPF de 1998:	Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
LIS:	Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.
LIS de 1978:	Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.
LIS de 1995:	Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.
LPGE 2021:	Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021.

Abreviaturas

LSC:	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio.
MCOCDE:	Modelo de Convenio de doble imposición de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
NRV:	Norma de Registro y Valoración del Plan General de Contabilidad.
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
PGC:	Plan General de Contabilidad, aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.
RIS:	Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sociedades.
SOCIMIs:	Sociedades Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario.
TEAC:	Tribunal Económico-Administrativo Central.
TFUE:	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TRLIRNR:	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 5/2004, de 5 de marzo.

La exención de los dividendos de fuente extranjera en el IS

TRLIS:	Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto-Legislativo 4/2004, de 5 de marzo.
TRLSA:	Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.
TRLSC:	Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.
UE:	Unión Europea.
UTE:	Unión Temporal de Empresas.
ZEC:	Zona Especial Canaria.

INTRODUCCIÓN

La doble imposición internacional es uno de los problemas relevantes que genera un entorno económico tan globalizado como el actual. Ello se debe a que es algo común que las empresas operen y obtengan rentas de diversos países, bien directamente, bien a través de establecimientos permanentes u otras entidades con o sin personalidad jurídica.

Como es sabido, la doble imposición internacional admite generalmente dos modalidades, la jurídica (supuesto en el que un mismo contribuyente ha sido gravado dos veces por una misma renta) y la económica (supuesto en que una misma renta es gravada dos veces en dos contribuyentes distintos). De las dos modalidades, la económica se considera la más perjudicial para la inversión internacional por su mayor impacto económico sobre el retorno de una inversión. Ello se debe a que la doble imposición económica es soportada bajo la condición de residente. Por el contrario, en la doble imposición jurídica, una de las imposiciones se soporta como no residente, cuya tributación suele ser más reducida en la normativa interna, todo ello sin perjuicio de que en muchos casos se elimine o se reduzca aún más como consecuencia de la aplicación de un convenio para evitar la doble imposición¹.

Como ha destacado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico ("OCDE") en los párrafos 1 y 2 de sus Comentarios al artículo 23 del Modelo de Convenio ("MCOCDE"),

¹ La denominación oficial de estos tratados internacionales suele ser "convenio para evitar la doble imposición internacional y prevenir la evasión fiscal". No obstante, a efectos de este trabajo y con el fin de evitar una denominación tan larga utilizaremos la expresión de uso común "convenios de doble imposición".

los convenios de doble imposición se ocupan únicamente de la doble imposición jurídica, que es la única que constituye doble imposición para un mismo contribuyente². En consecuencia, la eliminación de la doble imposición económica suele ser una cuestión que queda al albur de los legisladores de cada país, en función en cada caso del nivel de compromiso que los mismos tengan con la inversión internacional de las empresas allí residentes, y con la instauración de un sistema tributario que grave de forma correcta la capacidad económica de sus contribuyentes. Sin embargo, para dichas empresas resulta una cuestión de capital importancia por afectar directamente al retorno de sus actividades en el extranjero y, por tanto, a sus decisiones de inversión.

Las rentas que típicamente se consideran que pueden soportar doble imposición económica internacional son tres: (i) los dividendos, en cuanto representan la distribución a los partícipes en una sociedad del beneficio después de impuestos obtenido por la misma; (ii) las rentas obtenidas en la transmisión de las participaciones en otra sociedad (o más simplemente "plusvalías"), en cuanto las mismas pueden suponer indirectamente una remuneración por las reservas gravadas al nivel de la entidad cuyas participaciones se transmiten (las "plusvalías explícitas") o una participación en beneficios futuros cuyo gravamen se realizará cuando la sociedad en cuestión los obtenga (las "plusvalías implícitas"); o (iii) los ajustes por precios de transferencia, en cuanto dos administraciones tributarias no se pongan de acuerdo en la valoración de una transacción

² Ello no obstante, los propios comentarios admiten que los Estados que así lo consideren incluyan normas en los propios convenios de doble imposición que mitiguen o eliminen la doble imposición económica (párrafo 2 de los comentarios al artículo 23). Por otra parte, se señala que, en este trabajo, salvo que se diga lo contrario, todas las referencias al MCOCDE y sus Comentarios se harán a la última versión de 2017.

realizada entre partes vinculadas, produciéndose un doble gravamen del mismo beneficio en dos Estados distintos.

Aunque todas estas rentas pueden soportar doble imposición económica, son más las características que las diferencian que las que las unen, empezando porque el dividendo es una renta que, por definición, solo puede ser positiva, mientras que las rentas procedentes de la transmisión de la participación pueden ser positivas o negativas. Además, estas últimas dependen del tratamiento que se otorgue a efectos fiscales a conceptos como el precio de transmisión o el de adquisición, que presentan complejidades propias. Asimismo, en los ajustes por precios de transferencia, la naturaleza de la renta subyacente puede ser de distintos tipos (por servicios, por transmisiones de inmovilizado o inventarios, etc.) todos ellos muy diferentes al de los dividendos o plusvalías.

Todas estas diferencias han motivado que el legislador español afronte su eliminación desde diversas perspectivas. De hecho, las normas específicas para eliminar la doble imposición económica de los dividendos (actualmente los artículos 21.1. 21.2 y 32 de la LIS) y plusvalías (actualmente los artículos 21.3 al 21.8 de la LIS) siempre han sido distintas entre sí, y el actual artículo 18 de la LIS³ no contempla ninguna norma que de forma precisa requiera

³ Podría alegarse que la eliminación de esta doble imposición económica tiene lugar realmente de acuerdo con las disposiciones de los artículos 9.2 de los Convenios de Doble Imposición. Sin embargo, como comentaremos en el Capítulo 2 de esta obra, tales disposiciones no tienen carácter obligatorio, sino que son potestativas de los Estados de residencia en cada caso, dando lugar, en la práctica a conflictos en la aplicación e interpretación de los convenios de doble imposición y a procedimientos amistosos en los que la eliminación concreta de la doble imposición económica no está garantizada.

la eliminación de la doble imposición económica que surja de ajustes por operaciones vinculadas realizadas en otro país⁴.

De entre esas tres rentas, cada una de las cuales daría para una investigación propia, en este trabajo analizaremos exclusivamente los dividendos y de entre estos, los de fuente extranjera. Consideramos que este tipo de renta es la que mejor muestra los efectos sobre la inversión internacional de eliminar o no la doble imposición económica y cuya regulación además se toma como punto de partida para eliminar también la doble imposición económica de las plusvalías, si bien para estas últimas, precisamente por ese carácter de renta positiva o negativa y por la posible existencia en la misma de beneficios aún no gravados, existen reglas adicionales.

Como señalábamos antes, en la normativa estatal existen dos normas que eliminan la doble imposición económica en los dividendos, el artículo 21, que regula el método de exención, y el artículo 32 que regula una modalidad del método de imputación. En el Capítulo I abordaremos el funcionamiento técnico y las diferencias entre ambos métodos. Con todo, debemos destacar ahora que el método de exención es el que mejor refleja los principios de justicia tributaria inherentes a la eliminación de la doble imposición internacional, tanto jurídica como económica. Además, cuantitativamente es el método utilizado con mayor frecuencia por los contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades⁵. Estas razones son las que justifican que en este trabajo nos centremos en el método de exención.

⁴ Similares perspectivas se adoptan también en las normativas forales existentes, si bien avanzamos ya que el análisis de las mismas no será objeto de esta investigación, con independencia de que en algunas ocasiones podamos hacer referencia a las mismas.

⁵ De acuerdo con las estadísticas de la AEAT sobre el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2018 (último publicado a esta fecha), la

De acuerdo con lo anterior, constituye el objeto de este trabajo el análisis de la regulación en la normativa española de la exención aplicable a los dividendos de fuente extranjera que está contenida, sustancialmente, en el artículo 21 de la LIS. Este estudio se realiza con la finalidad de identificar y proponer soluciones *de lege lata* y *de lege ferenda* que permitan, en su caso, mejorar la regulación de la exención y las rentas sobre las que se aplica. En este sentido, en nuestra opinión, la importancia que reviste la regulación de la exención vigente a partir de 2015 no ha tenido la atención que se esperaría por parte de la doctrina española, lo que justifica la realización de un trabajo de investigación de esta naturaleza una vez que han transcurrido ya seis periodos impositivos desde su entrada en vigor, existiendo en estos momentos un cierto cuerpo de doctrina administrativa y problemas prácticos ya detectados, así como una importante reforma del artículo en la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2021 ("LPGE 2021").

En este contexto hay que destacar que si bien existen publicaciones importantes sobre la aplicación del método de exención a los dividendos de fuente extranjera, las más

exención del artículo 21.1. de la LIS fue aplicada por un total de 1.570 contribuyentes (a esta cifra habría que añadir parte de los 159 contribuyentes que declararon los dividendos bajo el ajuste correspondiente a las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros, que en el modelo de declaración no se desglosaba entre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de participaciones). En cambio, las deducciones del artículo 32 de la LIS fueron utilizadas únicamente por 310 contribuyentes. Estas informaciones están disponibles en la página web de la AEAT → Estadísticas → Estadísticas por Impuesto → Impuesto sobre Sociedades → Estadísticas por partidas del impuesto sobre sociedades → Estadísticas del año 2018 → Resumen Liquidación Total → Correcciones al resultado contable (aumentos), casilla 351, para lo relativo al artículo 32 de la LIS y → Correcciones al resultado contable (disminuciones), casilla 2181, para lo relativo al artículo 21 de la LIS.

antiguas suelen estar referidas a la situación bajo el TRLIS de 2004 y/o a aspectos muy concretos de la redacción legal (que planteaba algunas cuestiones problemáticas, la mayoría de las cuales ya no están en la nueva norma), y las más recientes no han analizado con la profundidad requerida en nuestra opinión la aplicación práctica del método de exención o son generalmente obras con un mayor carácter expositivo dentro de compilaciones generales sobre la Ley en su conjunto.

Por ello hemos optado por tratar de dar a nuestra investigación un enfoque holístico, tanto desde la perspectiva histórica y evolutiva de la exención como desde su perspectiva más práctica y cercana a las necesidades de la empresa española que obtiene este tipo de rentas procedentes de las entidades residentes en el extranjero en las que participa.

Como resultado de esa investigación, este trabajo se divide en cuatro Capítulos. El Capítulo I tiene como objeto exponer los antecedentes, fundamentos y funcionamiento del método de exención para la eliminación de la doble imposición económica de los dividendos, tanto desde la perspectiva internacional en la que nació el método como en las diversas redacciones en que el mismo se fue incorporando al ordenamiento tributario español hasta 1996, año de nacimiento del que podemos calificar como el método de exención moderno, hoy incluido en el actual artículo 21 de la LIS.

Este análisis lleva a la siguiente cuestión nuclear del método de exención que se aborda de forma específica en el Capítulo II: el propio concepto de "dividendo o participaciones en beneficios". Su examen nos llevará a profundizar no solo en el concepto de *lege lata* sino también

de *lege ferenda*, para concluir que la actual redacción del artículo 21.2 de la LIS presenta una serie de carencias importantes que justificarían, en nuestra opinión, una reforma integral del precepto como se expone al final de ese capítulo.

Por su parte, el Capítulo III se ocupa del análisis concreto de los requisitos exigidos por la Ley. Estos requisitos se proyectan tanto sobre la entidad partícipe -que es la que aplica el método de exención- como sobre la entidad participada. En particular, se trata de los requisitos de participación mínima, tributación comparable y no residencia de la entidad participada en un paraíso fiscal (concepto que adquiere la denominación de jurisdicción no cooperativa en el Proyecto de 2020 de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal ("Proyecto de Ley contra el fraude fiscal")⁶). Existen también reglas específicas aplicables a las entidades holding. A lo largo del estudio se recogen diversas propuestas de mejora técnica de estas reglas, tanto desde la perspectiva de la seguridad jurídica como de la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea.

Por otro lado, en el Capítulo IV se expone el funcionamiento técnico concreto de la exención, así como las diversas relaciones existentes entre el método de exención previsto en el artículo 21 de la LIS y otras normas tributarias, esto es, los propios convenios de doble imposición y otras normas del Impuesto sobre Sociedades. Entre estas otras normas

⁶ La denominación completa de este Proyecto de Ley, en tramitación en estos momentos, es "Proyecto de Ley de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego", pero para evitar términos tan largos, lo referiremos en esta obra como "Proyecto de Ley contra el fraude fiscal".

destacan los métodos de eliminación de la doble imposición internacional de los artículos 31 y 32 de la LIS, la transparencia fiscal internacional, el régimen de entidades en atribución de rentas, los pagos fraccionados y los regímenes especiales. Todas estas cuestiones, en la medida en que presentan una sustantividad propia, justifican su estudio en un capítulo separado.

El trabajo termina con un apartado final en el que se recogen de forma sistemática las principales conclusiones del mismo. En ellas, entre otras cuestiones, se recogen una serie de propuestas que pretenden tener en cuenta tanto la regulación actual de la norma como los principales aspectos de la reforma que, en nuestra opinión, requiere la regulación de esta cuestión.

Por último, en relación precisamente con la reforma que este artículo requiere, no debemos dejar de mencionar que a la hora de realizar este estudio hemos tenido en cuenta en los diferentes capítulos las modificaciones introducidas por las recientes LPGE 2021 y las previstas en el Proyecto de Ley contra el fraude fiscal. Así, por ejemplo, se ha modificado tanto la cuantía de la exención como el requisito de participación mínima, previéndose en estos momentos cambios importantes en el requisito de tributación comparable, así como en la relación del método de exención con la normativa sobre transparencia fiscal internacional. Como veremos, todas estas modificaciones podrían resolver algunas de las cuestiones controvertidas que planteaba la regulación del método de exención. Sin embargo, también contribuirán a generar nuevas incógnitas, cierta inseguridad jurídica y posibles problemas con el Derecho de la Unión Europea.

CAPITULO I: ORIGEN, FUNDAMENTO Y CONFIGURACIÓN DEL MÉTODO DE EXENCIÓN

1. El origen del método de exención

Podríamos afirmar sin reparos que el método de exención se desarrolla naturalmente partiendo de las "sociedades holding". Sobre la evolución histórica de esta institución se ha ocupado especialmente DAEMS, quien cita como precedente directo de las holdings del Benelux el banco "*Société Générale des Pays Bas pour favoriser la industrie nationale*" (Sociedad General de los Países Bajos para promover la industria nacional), fundado en 1782, y que posteriormente cambió su nombre a "*Société Générale de Belgique*" (Sociedad General de Bélgica) tras la independencia belga (1830).⁷

Este banco fue el mejor exponente de lo que DAEMS llama la banca mixta, fenómeno típicamente belga, pero que encontró rápida acogida en otros países, es decir, bancos que, ante la incapacidad de las familias tradicionalmente ricas para financiar de forma completa y por sus propios medios todas sus actividades empresariales, obtenían capitales por medio de su actividad bancaria y los empleaban en la financiación de empresas a medio y largo plazo, en un primer momento mediante préstamos, y tras las crisis económicas de 1838 y 1848 mediante la toma de participaciones en las mismas.

Para evitar los riesgos inherentes a la participación en el capital social de sus filiales, estos bancos solían constituir unas sociedades que administraban directamente

⁷ Cfr. DAEMS, H., *The holding company and corporate control*. Edit. Martinus Nijhoff Social Sciences Division, Leiden/Boston, 1978, págs. 8 y ss.

sus intereses: las holdings. Sin embargo, hay que advertir que, por un lado, las rentas obtenidas por las holdings tributaban en la mayor parte de los casos, y, por otro, las inversiones se realizaban predominantemente en sociedades residentes en el mismo Estado. La holding tenía, pues, un carácter meramente doméstico y las rentas que recibía eran de fuente interna, tendencia que, con algunas excepciones poco relevantes, era normal en toda Europa.

No será hasta el periodo de entreguerras del siglo XX (1919-1939) cuando las inversiones empiecen a internacionalizarse definitivamente. El desarrollo de nuevas tecnologías de telecomunicaciones y de nuevos medios de transporte posibilita el movimiento transfronterizo de capitales, algo que con los medios técnicos del siglo XIX había ocurrido en muy escasa medida. Si a ello añadimos que buena parte de Europa Central había sido destruida durante la guerra y necesitaba urgentemente de capitales para su reconstrucción, tenemos las bases para el aumento de inversiones internacionales al que se refiere PICCIOTTO.⁸

Es en esta época⁹ cuando las empresas empiezan a acumular participaciones en otras entidades no residentes en su mismo

⁸ Cfr. PICCIOTTO, S., *International business taxation: a study in the internationalization of business regulations*. Edit. Quorum Books, Nueva York, 1992, págs. 1-18. El autor realiza un detenido estudio de las circunstancias en que nace la inversión internacional, que en un primer momento se caracteriza, al igual que ocurría con los bancos mixtos belgas, por realizarse predominantemente en forma de préstamos sindicados con varios bancos al tiempo (que así diluían riesgos), especialmente en el caso de la inversión procedente del Reino Unido. Sin embargo, las inversiones procedentes de los Estados Unidos en el segundo decenio del siglo XX, se materializaron sobre todo en compra de participaciones en filiales, especialmente en las sociedades relacionadas con automóviles.

⁹ Como señala DAEMS, estos años fueron cruciales para la evolución de las sociedades holding belgas. La agresiva política financiera de algunos bancos mixtos belgas constituía un grave riesgo para su solvencia, riesgo que afrontaron mediante la creación de sociedades holding a las que traspasaban parte de sus inversiones. Sin embargo, cuando algunos de los bancos más importantes fueron a la quiebra, el gobierno belga reformó

país y a recibir dividendos de fuente extranjera. Y es precisamente como consecuencia de la recepción de rentas de fuente extranjera que las sociedades, y por extensión sus gobiernos, empiezan a ser conscientes de los problemas causados por la doble imposición internacional, tanto jurídica¹⁰ como económica¹¹ ya que suponían un coste añadido

el sistema financiero, prohibiendo a los bancos la tenencia, directa o indirecta, de participaciones industriales. Estas medidas supusieron la independencia económica de las holdings, que pasaron de controladas a controladoras de los grandes bancos. Cfr. *The holding... op. cit.* pág. 9. Para más información sobre el sistema de la banca mixta belga y su regulación desde el periodo de entreguerras hasta finales de los años 70, puede consultarse DABIN, L., *Le contrôle des holdings en Droit belge. Die Aktiengesellschaft*, 20 de octubre de 1977, n° 10, págs. 269-274.

¹⁰ El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE define la doble imposición jurídica como "la imposición de impuestos comparables en dos (o más) Estados sobre el mismo contribuyente en relación a la misma materia imponible y por idéntico periodo de tiempo". Cfr. *Introducción en "Comentarios del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE al Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de 1997"*, párrafo 1. Como señala COLMENAR VALDÉS, la doctrina suele adoptar definiciones muy similares. Cfr. *Las deducciones por doble imposición: (II) doble imposición internacional*. Impuestos, n° 14, 1996, pág. 11, nota al pie n° 20. Así, SAINZ DE BUJANDA señala que "se produce la doble o pluriimposición cuando el mismo presupuesto de hecho da lugar a obligaciones tributarias en varios Estados por el mismo o análogo título y por el mismo periodo o evento". Cfr. *Lecciones de Derecho Financiero*. Edit. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2ª ed., Madrid, 1982, pág. 60. Por su parte, CALDERÓN CARRERO la define como "el fenómeno jurídico-tributario de carácter internacional que estriba en la exacción por dos (o más) Estados diferentes, de dos (o más) impuestos idénticos o análogos, sobre un mismo objeto imponible, recayendo sobre el mismo sujeto pasivo y en relación con el mismo periodo de tiempo". Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*. Edit. McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 90. Es el caso, por ejemplo, de los dividendos que, gravados una vez en el Estado de la fuente, deben integrarse en la base imponible del IS de la entidad perceptora, residente en un tercer Estado.

¹¹ Según la definición de la misma en el Informe Ruding, se entiende por tal, "la situación donde los beneficios están sujetos en primer lugar al Impuesto sobre Sociedades y después al impuesto personal sobre la renta cuando el accionista los recibe en forma de dividendos". Cfr. *Report of the Committee of independent experts on company taxation*. Edit. Commission of the European Communities, Bruselas-Luxemburgo, 1992, pág. 17. Para VOGEL, estos términos se utilizan para describir la situación que surge cuando la misma operación económica, renta o patrimonio se grava en dos o más Estados durante un mismo periodo, pero en las manos de diferentes contribuyentes. Cfr. VOGEL, K., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. 3ª ed., edit. Kluwer Law International, Londres, La Haya, Boston, 1998, pág. 10. Es el caso, principalmente, de los dividendos y, en menor medida de las plusvalías por transmisión de acciones, ya que los beneficios empresariales de que traen causa tributan primero en el Estado de residencia de la sociedad que los percibió, y posteriormente en el impuesto personal del accionista. Contra la consideración estricta de la doble imposición económica como fenómeno

para las inversiones en otros países, y que hasta entonces no habían suscitado casi ninguna atención¹².

Dado que el problema era de índole tributaria (dos impuestos idénticos gravando las mismas rentas), la solución tomó forma tributaria: algunos Estados adoptaron unilateralmente medidas para eliminar la doble imposición internacional. Así, Estados Unidos e Inglaterra optaron por permitir a sus residentes deducir de la cuota del impuesto estadounidense los impuestos pagados en el extranjero, con el límite de los que pagaría en esos Estados (método de imputación limitada u ordinaria)¹³, mientras que Alemania eximió de tributación los dividendos de fuente extranjera (método de exención).

Sin embargo, el método de imputación presentaba (y presenta) un importante inconveniente para las inversiones en el extranjero, que no se produce con el método de exención: somete las rentas al tipo de gravamen más alto, sea el del Estado fuente de la renta o el del Estado de la residencia del perceptor, como se aprecia en el siguiente ejemplo.

Estado fuente	Imputación Exención			
	A	B	C	D
Rentas	100	100	100	100
IS	20	40	20	40
Neto distribuido	80	60	80	60
Estado residencia				
Base imponible	100	100	0	0
IS	25	25	0	0

de doble imposición en sí, se manifiesta CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos... op. cit.*, págs. 109 y ss. En cualquier caso, y aun reconociendo que la posición del autor no carece de lógica, a lo largo de este estudio utilizaremos el término de doble imposición económica para referirnos al fenómeno expuesto más arriba, en consonancia con su uso tradicional.

¹² El primer Convenio de Doble Imposición digno de tal nombre entre dos Estados soberanos, Austria y Prusia, se firmó el 21 de junio de 1899.

¹³ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos... op. cit.*, págs. 181-182, notas al pie 154 y 155.

Imputación IS extranjero	(20)	(25)	-	-
Cuota	5	0	0	0
Impuestos soportados	25	40	20	40

El método de imputación sólo se comporta igual que el de exención cuando el impuesto pagado en la fuente es igual o superior al impuesto pagado en el Estado de residencia (columnas B y D). Si los impuestos son inferiores en el Estado de la fuente (columnas A y C), el método de imputación supone la pérdida de este diferencial y la igualación con los impuestos pagados por una inversión en el mismo Estado de residencia.¹⁴

Esta característica del método de imputación, motivaba que las inversiones de las holdings en sociedades residentes en terceros Estados y especialmente en aquellos que tenían tipos de gravamen inferiores al del Estado de la residencia no se repatriaran; esto es, no produjeran dividendos para así evitar el coste tributario adicional, que no surgía con el método de exención. Para resolver este problema, y al tiempo hacer frente a la doble imposición económica, surgió una segunda modalidad de este método, la imputación del Impuesto sobre Sociedades subyacente pagado por la filial en su Estado de residencia. Sin embargo, y dado que la deducción según este método también está limitada a la cuota tributaria que se pagaría por las rentas de fuente extranjera en el Estado que lo aplica, no terminó de solucionar estos problemas.

¹⁴ Para un análisis del funcionamiento, límites y problemas técnicos de los métodos de eliminación de la doble imposición, cfr. especialmente, CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...* op. cit.; COLMENAR VALDÉS, S., *Las deducciones por doble imposición: (II)*... op. cit., págs. 3-20 y LÓPEZ-SANTACRUZ, J.A., *Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros*, en "Guía del Impuesto sobre Sociedades", Edit. CISS, Valencia, 1996, págs. 959 y ss. Asimismo, MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *El régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros*, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, nº 242, 1996, págs. 977-982.

En esos años, surgió la idea de enfocar el problema desde un punto de vista bilateral. Aun cuando ya se habían firmado varios Convenios para evitar la Doble Imposición, su número era limitado, y cada uno era distinto a los anteriores. Así, la Sociedad de Naciones encargó a un Comité de Expertos compuesto por los economistas Bruins, Eianudi, Seligman y Stamp, estudiar los efectos económicos de la doble imposición en los comportamientos de las empresas, y en 1928 presentó un Modelo de Convenio para evitar la Doble Imposición que acogía tanto el método de exención como el de imputación. Este proyecto no fue finalmente adoptado, pero constituyó la base de los estudios de la ONU en su reunión de Londres de 1946, y posteriormente de los trabajos de la OCDE para el proyecto de 1963 que sirvió de base para los Modelos de 1977, 1992 y sucesivos¹⁵.

Siendo pues unos años marcados por el estudio de la doble imposición internacional, no es de extrañar que varios cantones suizos, más Liechtenstein y Luxemburgo¹⁶, se preocuparan por la doble imposición internacional a que se veían sometidas las holdings. Especialmente exitoso resultó

¹⁵ Sin embargo, como ya señalábamos en la Introducción, los Modelos de Convenio de la OCDE ("MCOCDE") sólo se ocupan de resolver el problema de la doble imposición jurídica, pero no de la económica. Los párrafos 50 y 51 de los Comentarios al artículo 23 MCOCDE mencionan que la doble imposición económica supondría "*un obstáculo realmente importante al desarrollo de las inversiones internacionales*". Por ello, y como se lee en los mencionados párrafos, la OCDE se planteó en 1977 reformar el Modelo de Convenio para incluir una cláusula que hiciera frente a la doble imposición económica. Sin embargo, las diferentes posturas encontradas y el temor de algunos Estados a que la cláusula se utilizara con fines de evasión fiscal, propició que todo quedara al final en una recomendación de la OCDE a que los Estados interesados adopten cláusulas que eviten la imposición económica en sus convenios bilaterales.

¹⁶ En realidad, el cantón suizo de Glarus fue el primero en dotar un régimen propio de sociedades holding en 1917, basado en una exención total por el IS. A este régimen le siguieron, en poco tiempo regímenes similares en los cantones suizos de Basle, Zürich y Lucerna, y los Estados de Liechtenstein, y Luxemburgo. En todos los casos las holdings se hallaban exentas por todas sus rentas de cualquier tipo y no sólo por las de fuente extranjera.

el régimen de holdings de este último Estado, creado a través de la Ley de 31 de julio de 1929, cuyo primer artículo declara la exención total en el Impuesto de Sociedades y en otros impuestos menores, de las holdings que así lo deseen.

Este enfoque fue rechazado de forma casi inmediata por varios países europeos por excesivo, ya que no querían perder ingresos tributarios en unos años marcados además por la crisis económica mundial y la creación del Estado del bienestar, que exigía una mayor intervención del Estado en la economía y unos mayores ingresos. No obstante, numerosas sociedades extranjeras en proceso de expansión internacional, ante la perspectiva de sufrir doble imposición y de esa misma crisis económica mundial, decidieron aprovechar la ocasión que este novedoso régimen holding les ofrecía como cabeza de puente de sus inversiones en Europa y que les permitía, en el peor de los casos, utilizar a esta sociedad para retener los beneficios de sus inversiones internacionales, difiriendo la tributación en sus respectivos Estados hasta la efectiva distribución de los mismos.

Hasta aquel entonces, las holding se habían caracterizado por residir en el mismo Estado de su matriz. Sin embargo, fue la adopción por Luxemburgo de este nuevo régimen la que propició su salida al extranjero. Las multinacionales extranjeras, especialmente aquellas residentes en Estados Unidos y en el Reino Unido, apreciaron la posibilidad de controlar sus inversiones y mover los capitales que éstas necesitaban a través de un Estado que, en la práctica, no iba a añadir ningún coste tributario, y posibilitaba una mejor asignación de sus recursos financieros. Fue, podríamos afirmar, el inicio de la moderna planificación fiscal

internacional y de la integración de las sociedades holding en el Derecho Internacional Tributario.

Sin embargo, la integración total no se produce hasta después de la II Guerra Mundial que, lógicamente, supuso la interrupción de las inversiones internacionales. Durante la ocupación alemana de Luxemburgo y Holanda el gobierno nacionalsocialista alemán decretó la aplicación de las normas tributarias alemanas en ambos países (Luxemburgo en 1941 y Holanda en 1942), y consiguientemente, la aplicación del método de exención a los dividendos de fuente extranjera obtenidos por sociedades residentes. Cuando terminó la guerra, estas normas continuaron en vigor. Fue éste otro momento de inversiones constantes¹⁷ y tomas de participaciones en sociedades, en las que volvió a ponerse de manifiesto el problema de la doble imposición lo que propició que las normas introducidas por los alemanes en Holanda y Luxemburgo ofrecieran su cara más positiva a los inversores extranjeros, al garantizarles la eliminación de la doble imposición de sus inversiones en otros países.

Son estos los años, si se nos permite, de la "explosión demográfica" del método de exención con el objetivo de garantizar la obtención de ahorros fiscales, que se estrechó aún más cuando Holanda, en su Ley del Impuesto sobre Sociedades de 1969 extendió la aplicación del método de exención a la percepción de plusvalías por la transmisión de participaciones en entidades extranjeras, con la intención de eliminar la doble imposición económica que sufrían estas rentas (al menos en la parte de la plusvalía correspondiente

¹⁷ Como señala PICCIOTTO en un primer momento fueron inversiones caracterizadas más bien por la escasez de movimiento de capitales. Normalmente la inversión consistía en la atribución de un determinado bien (p.e. una patente) a la sociedad a cambio de una participación en la misma y la suscripción de acciones por otros residentes del país de la participada. Cfr. *International...*, op. cit., pág. 3.

a las reservas ya gravadas y no distribuidas, pero en la práctica en la totalidad de la renta) y evitar la quiebra de la neutralidad que suponía la regulación anterior.

Pero sin duda alguna, el gran auge del método de exención, se produce con la adopción de la Directiva matriz-filial 90/435/CEE, de 23 de julio (actualmente Directiva 2011/96/UE, de 30 de noviembre). Esta norma, que tiene por objetivo la eliminación de la doble imposición económica de dividendos en las distribuciones intracomunitarias, contiene en su artículo 4 la obligación de los Estados miembros de adoptar bien el método de exención bien el método de imputación del impuesto subyacente (el Impuesto sobre Sociedades pagado por la filial). Además, el artículo 5 de la Directiva obliga a que las distribuciones intracomunitarias de dividendos estén exentas de tributación en el Estado de la fuente en determinadas condiciones.

La adopción del método de exención como medida unilateral de eliminación de la doble imposición y dividendos propició la concentración de participaciones en torno a sociedades que actuaban de coordinadoras de las inversiones, administrando y moviendo el capital cuando y donde fuera necesario con el mínimo coste fiscal posible¹⁸. Lo que en un principio era una

¹⁸ Ya en 1952 se hacía eco de estos usos de las holdings SAINZ DE BUJANDA. En una ponencia dirigida al IV Congreso de la International Bar Association celebrado en Madrid, se expresaba de la siguiente forma: "el capitalismo moderno, en su proceso de máxima concentración, adopta formas jurídicas que le permiten manejar y explotar riquezas de países de escaso desenvolvimiento político sin caer en la órbita de la soberanía fiscal de los Estados en los que físicamente aparecen situadas tales riquezas. Los holdings y las empresas organizadas en forma de "sociedades en cadena" son la figura jurídica que permite la consecución de tales objetivos. Mas como el domicilio de estas entidades puede ser libremente elegido por ellas, el procedimiento para escapar a la soberanía fiscal del Estado en el que radican físicamente las riquezas explotadas consiste, como es lógico, en domiciliarse en Estados que, por su peculiar estructura social política y económica, conceden las máximas ventajas fiscales a esa clase de entidades". Y esa ventaja fiscal, añadimos nosotros, es el método de exención. Cfr. SAINZ DE BUJANDA, F., *Derecho*

medida encaminada a evitar la doble imposición internacional de determinadas empresas que invertían internacionalmente, se asoció definitivamente con éstas, de forma que en la actualidad forman un todo difícilmente divisible.

Sin embargo, y aunque no sea expresamente el objeto de este estudio, la evolución histórica de las holdings enseña precisamente que la exención no debe extenderse a todo tipo de rentas, sino tan solo a aquéllas que efectivamente han sido sometidas ya a tributación: los dividendos, y en ciertos casos, las plusvalías. Y ello, precisamente, porque solo estas rentas, cuya satisfacción no da derecho a deducción alguna en su pagador, pueden haber sufrido doble imposición internacional¹⁹. Sobre esta cuestión volveremos con más detalle más adelante cuando analicemos el requisito de tributación comparable de la normativa española.

Fiscal Internacional. En "Hacienda y Derecho", Vol. III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

¹⁹ De hecho, la historia de las sociedades holding incluye algunos capítulos significativos de exenciones totales o, más comúnmente "vacaciones fiscales" que han suscitado, con carácter general, el rechazo internacional. Es el caso, por ejemplo, de las "Holding 1929" luxemburguesas, entidades creadas al amparo de una Ley de 31 de julio de 1929, que estaban completamente exentas de tributación en el Impuesto sobre Sociedades luxemburgués, y que fueron abolidas en 2006 (con efecto máximo hasta el 31 de diciembre de 2010) después de que la Comisión Europea requiriera su eliminación por favorecer la competencia fiscal perjudicial en el seno de la Unión Europea. Otros ejemplos significativos fueron las Zonas Económicas Especiales existentes en diversos países del Este de Europa, que concedían exenciones totales del Impuesto sobre Sociedades a las empresas allí establecidas, y cuyos "incentivos" tuvieron que eliminarse en un plazo máximo de 7 a 10 años en función del país. Un buen ejemplo fue Polonia, que se obligó a eliminar los incentivos de sus zonas económicas especiales como tarde el 31 de diciembre de 2011 (cfr. Anexo XII, Sección 5.1, del Tratado de Adhesión, DO L 236, de 23 de septiembre de 2003).

2. Fundamento técnico y modalidades del método de exención

2.1. Fundamento técnico

Como hemos visto, fueron las inversiones internacionales²⁰ de los periodos posteriores a las Guerras Mundiales las que exigieron resolver el problema de la doble imposición internacional de los dividendos, lo que se justificó con base en los principios tributarios de neutralidad fiscal y justicia tributaria. Como resalta NEUMARK²¹, debe tenerse en cuenta que "un impuesto no es nunca neutral en sus efectos". Sin embargo, y a pesar de esta falta de neutralidad, la imposición debe procurar el cumplimiento de este principio, que este autor formula como "*principio de evitar las consecuencias indeseadas de los impactos fiscales negativos sobre la competencia*", o lo que es lo mismo, que:

*"la política fiscal se abstenga de toda intervención que perjudique al principio de competencia del mercado, a menos que la intervención fuera indispensable para provocar correcciones de los resultados de la competencia perfecta, a las que por razones de rango superior se las considera necesarias, o para suprimir o atenuar determinadas imperfecciones de la competencia".*²²

²⁰ Cfr. PICCIOTTO, S., *International... op. cit.*, págs. 14 y ss.

²¹ Cfr. NEUMARK, F., *Principios de la imposición*. Edit. IEF-MEH, 2ª ed., Madrid, 1994, pág. 280.

²² Cfr. NEUMARK, F., *Ibidem*, pág. 285. Definiciones de neutralidad fiscal hay muchas y aunque todas ellas la abordan desde diversas perspectivas, tienen un elemento en común: la no injerencia (o la injerencia en grado mínimo) de las normas fiscales en otros sectores económicos o legales. Podríamos destacar, entre otras, la del Informe Carter, que señala que "*para que el sistema fiscal fuese imparcial, las personas que ejerciesen una actividad bajo una determinada forma de organización deberían estar sometidas a imposición del mismo modo y a los mismos tipos que aquellos otros que ejerciesen igual actividad bajo distinta forma de organización*" (tomada de FALCÓN Y TELLA, R., *Análisis de la transparencia tributaria*. Edit. IEF, Madrid, 1981, pág. 170); SAINZ DE BUJANDA atribuye a WALKER su definición de impuesto neutro, "*aquel que no da origen a ninguna*

Esta definición de NEUMARK se centra especialmente en la relación entre normas fiscales y competencia perfecta, quizá debido a la óptica hacendística que adopta el autor, prescindiendo de otras posibles perspectivas. En cualquier caso, lo que deja claro es que este principio no es absoluto, sino que cede ante "razones de rango superior", entre las cuales podríamos incluir los fines y principios esenciales del sistema tributario²³. Deberemos pues examinar si la

modificación de la situación material relativa -comparada- de los contribuyentes". Cfr. Planificación económica y Hacienda Pública en los Estados nacionales contemporáneos. El factor financiero en el proceso de la unidad europea. En "Hacienda y Derecho", Vol. I., op. cit., págs. 93-94; IZQUIERDO LLANES aborda la definición desde una perspectiva más económica "un sistema fiscal neutral es aquel que consigue reducir al mínimo las distorsiones que provoca al resto del sistema económico". Cfr. El futuro de la tributación del capital en Europa. Edit. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1997, pág. 63; o, por último, GARBARINO, que adopta una perspectiva más internacional al comentar que "un sistema de tributación sobre las rentas internacionales puede considerarse eficiente (o neutral) si las decisiones relativas a las inversiones productivas no se ven influidas por las diferencias en los tratamientos fiscales de las varias jurisdicciones tributarias. Las diferencias en el régimen fiscal de las rentas nacidas en diversas jurisdicciones interfieren con la asignación y utilización eficiente de los recursos, en cuanto que alteran los costes de producción, haciendo más favorable la instalación de una unidad en un Estado que en otro". Cfr. GARBARINO, C., La tassazione del reddito transnazionale. Edit. Cedam, Padua, 1990, pág. 62.

²³ Al tratar de las relaciones entre los diversos principios y sus objetivos básicos, NEUMARK señala que es muy difícil establecer una jerarquía debido a que la función de la imposición cambia con el tiempo, aunque en la actualidad los principios presupuestarios y político-financieros (que en el resto de su obra menciona como principios político-económicos y entre los que se encuentra el principio de neutralidad fiscal) deberían tener primacía sobre los demás (político-sociales, jurídico-tributarios y técnico-tributarios). Cfr. Principios... op. cit., pág. 33. Siguiendo su línea de pensamiento, sólo otros principios político-económicos (evitar el dirigismo fiscal, minimizar las intervenciones fiscales en la esfera privada del individuo, los principios de flexibilidad activa y pasiva de la imposición y la orientación hacia el crecimiento económico) y presupuestarios (suficiencia de los ingresos fiscales y capacidad de aumento de la imposición) podrían autorizar una vulneración del principio de neutralidad. En cambio, los principios político-sociales (entre los que se encuentran principios citados por el artículo 31 CE, como los de igualdad, generalidad, capacidad económica y redistribución de la renta) no serían válidos para ello. Sin duda, esta interpretación de NEUMARK se corresponde más con los años en los que escribió su obra (1969) que con los actuales. En el caso concreto de nuestro país, una invasión del principio de neutralidad en nombre de los principios de justicia tributaria sería no sólo perfectamente legítima, ya que la Constitución

eliminación de la doble imposición, en general, cumple con el principio de neutralidad, y si no es así, si la violación se justifica en nombre de algún fin que realmente sea superior.

Podríamos distinguir al menos dos facetas distintas del principio de neutralidad en función de su ámbito de actuación. En primer lugar, y es la concepción que late en URÍA²⁴, SAINZ DE BUJANDA²⁵, GARRIGUES²⁶ Y VICENT CHULIÁ²⁷, existe un principio de neutralidad respecto a las relaciones entre parcelas del ordenamiento jurídico, por el cual las normas fiscales no deben modificar (o influir) de forma

al mencionar esos principios los está elevando a la categoría de fines a conseguir mediante el ordenamiento tributario, sino incluso necesaria y demandada por los fines del Estado Social y Democrático de Derecho que pretende instituir el artículo 1.1 CE. Conviene recordar que ya GIARDINA refiriéndose al artículo 53 de la Constitución italiana (equivalente a nuestro artículo 31 CE) señalaba que este precepto "además de expresar el principio de la generalidad de los impuestos, fija asimismo el modo de ejercicio del poder impositivo y los correspondientes límites". Cfr. GIARDINA, E., *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*. Edit. Giuffrè, Milán, 1961, pág. 431. Cita tomada de C. PALAO TABOADA, *Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva*. En "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro", Madrid, 1976, pág. 380. En la doctrina española encontramos la misma idea en CASADO OLLERO cuando señala que "la capacidad económica, además de ser un criterio expresamente consagrado en el artículo 31 para fijar la contribución de los ciudadanos al sostenimiento de los gastos públicos, constituye sin duda un parámetro del que los poderes públicos pueden y, con frecuencia, deben valerse para hacer posible la realización de otros objetivos fundamentales que como el tributario, aparecen de igual modo impuestos por la norma constitucional." Cfr. CASADO OLLERO, G., *El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición indirecta (II)*. *El contenido constitucional de la capacidad económica*. Civitas, Revista Española de Derecho Financiero, n° 34, 1982, pág. 186.

²⁴ Cfr. URÍA, R., *Derecho Fiscal y Derecho Mercantil*. HPE, n° 94, 1985, págs 31 y ss.

²⁵ Cfr. SAINZ DE BUJANDA, R., *Sistema de Derecho Financiero*. Vol. II. Edit. Universidad Complutense, Madrid, 1977, págs. 192 y 193.

²⁶ Cfr. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. I., Madrid, 1936, pág. 32 (según cita de ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., *Editorial: El centenario del Código de Comercio*. HPE, n° 94, 1985, pág. 3).

²⁷ Cfr. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción general a las relaciones entre el Derecho mercantil y el Derecho fiscal*. HPE, n° 94, 1985, págs. 79 y ss.; *El Derecho fiscal al servicio de la institucionalización de la empresa*. HPE, n° 94, 1985, págs. 317 y ss.; *Las relaciones entre el Derecho mercantil y el Derecho fiscal después de la reforma tributaria (sistema fiscal 1978)*. Capítulo IV, Inédito (disponible en la biblioteca del Instituto de Estudios Fiscales).

indiscriminada instituciones jurídicas nacidas en otros ámbitos del Derecho. E incluso, añadiríamos nosotros, podría decirse que las normas tributarias no deben incidir indiscriminadamente sobre otras normas tributarias (véase, por ejemplo, el artículo 6.Dos de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas, en la medida en la que prohíbe la exacción de tributos autonómicos sobre hechos imposables gravados por el Estado). Sin embargo, como acabamos de ver, a priori, esa neutralidad puede romperse si fines superiores así lo justifican.

La segunda faceta del principio de neutralidad tiene, en cambio, un carácter más internacional y muy relacionado con la preservación de la competencia a que hacía referencia NEUMARK y con los principios de justicia tributaria. Los diversos aumentos de inversiones internacionales en la primera mitad del siglo XX exigieron que las normas tributarias no supusieran un sobrecoste empresarial, no influyeran en las decisiones de inversión o desinversión y dejaran a las empresas en la misma situación competitiva. En definitiva, que eliminaran en la mayor medida posible la doble imposición resultante de la actuación conjunta de diversos regímenes tributarios.

Generalmente, se admite que el principio de neutralidad en las inversiones internacionales se manifiesta de dos formas distintas, enunciadas por MUSGRAVE²⁸:

²⁸ Cfr. MUSGRAVE, R., *Criteria for foreign tax credit*. En "Taxation and operations abroad". Tax Institute, Princeton, EE.UU., 1959, pág. 83. Estos principios han sido ampliamente discutidos por la doctrina internacional, pero son especialmente relevantes MUSGRAVE, P., *United States, Taxation of foreign investment income: issues and arguments*. Edit. Harvard University Press, Cambridge, EE.UU., 1969, págs. 109 y ss.; VOGEL, K., *Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments (Part II)*, *Intertax*, n° 10, 1988, pág. 310 y ss. y *Taxation of cross-border income, harmonization and tax neutrality under European Community Law*. Edit. Kluwer, Holanda, 1994, págs. 21-24; GARBARINO, C., *La tassazione... op. cit.*, pág. 62 y ss. (especialmente

- Principio de neutralidad en la exportación de capitales (o "principio de neutralidad exportadora"), por el cual, las inversiones no deben recibir un trato privilegiado en función del lugar donde se realicen; o, lo que es lo mismo, que dos empresas residentes en el mismo Estado que inviertan una exclusivamente en su Estado de residencia y la otra exclusivamente en el extranjero, sufran la misma carga fiscal. Este principio se basa en la primacía tributaria del Estado de residencia, que determina la carga tributaria final;

- Principio de neutralidad en la importación de capitales (o "principio de neutralidad importadora"), por el que las inversiones repatriadas al Estado de residencia del inversor no deben sufrir una carga tributaria más gravosa que la que sufriría un inversor residente en el Estado de la fuente; o, lo que es lo mismo, que las normas tributarias del Estado de residencia no supongan un coste tributario añadido que distorsione la competencia de sus empresas en el Estado fuente de la renta. Este principio se basa en el respeto a la soberanía tributaria del Estado fuente de las rentas, cuyo tratamiento de las mismas no debe verse obstaculizado por las normas de un tercer Estado.

El principio de neutralidad exportadora exige pues una comparación entre las inversiones de un mismo residente en

págs. 67-71, y autores citados); COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Report of the Committee of independent experts...* op. cit., págs. 34-37; EASSON, A., *Taxing international income*. En "Tax conversations: A guide to the key issues in the tax reform debate. Essays in honour of John G. Head". Edit. Kluwer, Londres, 1997, págs. 423-428; IZQUIERDO LLANES, G., *El futuro de la tributación...* op. cit., págs. 66-73; y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community*. Edit. Kluwer Law International, London, The Hague, Boston, 1999, págs. 20 y ss.

el territorio nacional y en el extranjero. En cambio, en la neutralidad importadora, la comparación se realiza entre dos inversores distintos, el residente en el Estado en cuestión y otro inversor residente en el Estado de la fuente.

Universalmente se admite que la neutralidad exportadora exige la aplicación del método de imputación y la neutralidad importadora, el método de exención. Ambos principios tienen por objetivo la eliminación de la doble imposición internacional. Sin embargo, ambos tienen sus ventajas y sus inconvenientes, que dependen de las circunstancias concretas, pero cuyo análisis detallado excede del ámbito de este trabajo.

En principio, el principio de neutralidad exportadora (método de imputación) resulta más apropiado para gravar las inversiones realizadas por personas físicas. La alícuota de los impuestos pagados por personas físicas no residentes suele ser proporcional, mientras que la aplicable a las personas físicas residentes es progresiva. Así, la neutralidad importadora (método de exención) conllevaría la aplicación exclusiva de los impuestos en el Estado de la fuente, con lo que las inversiones internacionales de una persona física se encontrarían gravadas a una alícuota inferior y que no tendría en cuenta la concreta capacidad económica del sujeto pasivo, cuyo Estado de residencia es el más capacitado para apreciarla. Por tanto, las inversiones internacionales de personas físicas deben respetar la neutralidad en la exportación de capitales, aplicando el método de imputación.

Asimismo, el método de imputación puede ser el más adecuado para el gravamen de los intereses y cánones ya que por un lado y debido al funcionamiento intrínseco de los Impuestos

sobre Sociedades, que suelen permitir su deducción de la base imponible, estas rentas no habrán sufrido una imposición adecuada en la fuente que justifique la aplicación del método de exención; y, por otro, en el actual contexto internacional de libertad de movimiento de capitales, es normal que los Estados de la fuente renuncien a gravar su pago (véase, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea la Directiva 2003/49/CEE, de 3 de junio de 2003).

Sin embargo, el principio de neutralidad exportadora tiene sus principales inconvenientes cuando de la inversión a través de vehículos se trata (p.e. una sociedad, un fondo de pensiones, etc.), ya sea una inversión de cartera o sustancial, ya que cuando la alícuota del Estado de residencia es superior a la del Estado fuente, obstaculiza la repatriación de las rentas. Desde este punto de vista, el método de exención, consecuencia de la neutralidad en la importación de capitales, resulta más apropiado al eliminar este factor y respetar la tributación del Estado de la fuente²⁹.

En todo caso, la concepción de ambas neutralidades como principios enfrentados e incompatibles entre sí que supone que si se consigue el uno, se viola el otro, recibe una dura crítica de VOGEL³⁰ para quien ambos principios son expresión de uno sólo: el principio de neutralidad fiscal, de forma

²⁹ En contra, SANZ GADEA, E., *Problemas actuales del Impuesto sobre Sociedades en el contexto internacional*. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi núm. 20/2003, Edit. Aranzadi, pág. 27. En opinión de este autor, la competencia fiscal ocasionada por la aplicación simultánea del método de exención en una misma región supone una transferencia indirecta de rentas desde los países que lo aplican hasta las multinacionales que se benefician del régimen que no beneficia necesariamente a los primeros.

³⁰ Cfr. VOGEL, K. *Worldwide vs. source taxation of income... op. cit.*, pág. 313. También del mismo autor, *Taxation of cross-border income... op. cit.*, págs. 22 y 23, y *Should Europe adopt a uniform method for the avoidance of double taxation?* IBFD International Tax Academy, Amsterdam, 1999, págs. 3 y 4. También en esta línea, EASSON, A., *Taxing international...*, op. cit., págs. 427 y 428.

que la violación de uno supone un ataque al principio de neutralidad, que no se contrarresta por el cumplimiento del otro.

Coincidimos con este autor, añadiendo que, en nuestra opinión es posible cumplir con ambos principios al mismo tiempo: mediante la aplicación del método de exención, en las mismas condiciones, tanto a las inversiones de fuente extranjera como de fuente nacional. Ello conseguiría que, por un lado, las inversiones en el extranjero no sufrieran ningún coste tributario adicional, cumpliendo con la neutralidad en la importación de capitales, y al mismo tiempo, las inversiones en el territorio nacional recibieran el mismo trato fiscal que las inversiones en el extranjero, respetando la neutralidad en la exportación de capitales³¹.

En cualquier caso, si no se respetan las dos, la libre circulación internacional de capitales exige que se adopte un método tal que evite tanto la doble imposición económica como jurídica y, especialmente, que no suponga costes tributarios añadidos. Este es el fin primordial del principio de neutralidad en la importación de capitales o, lo que es lo mismo, del método de exención³². Sin embargo, el método de

³¹ Sin embargo, y como resalta el Informe Ruding, es necesario cumplir también con una condición adicional: los tipos efectivos marginales deben ser similares en el Estado de la fuente y en el de la residencia, ya que de lo contrario, al estar la matriz siempre exenta se primaría la inversión en aquel territorio en el que el mencionado tipo fuera menor, ya que proporcionaría un mayor retorno del capital invertido. Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Report of the Committee of independent experts... op. cit.*, pág. 36. Sobre la influencia de estos principios en las legislaciones comunitarias de la época, es lectura obligada el Capítulo IV del mencionado Informe, págs. 67 - 78.

³² Paradójicamente, podríamos afirmar que la existencia de sociedades holdings va íntimamente ligada a la aplicación del método de imputación en otros países. Las empresas de éstos ven como las normas fiscales perjudican la inversión en el extranjero, incentivando indirectamente la inversión nacional (en este sentido, conviene recordar que el principal inversor mundial, Estados Unidos, ha venido aplicando hasta fechas muy recientes el método de imputación para los dividendos de fuente extranjera). Una solución es la creación de una holding en un

imputación también puede ser válido en aquellos casos en los que su aplicación no suponga un coste tributario añadido, lo que sólo ocurrirá cuando los impuestos en el Estado de la fuente sean de igual o superior magnitud a los del Estado de residencia, ya que en este caso, y como vimos anteriormente, el método de imputación puede ofrecer idénticos resultados económicos que el método de exención en la eliminación (o mejor, "mitigación") de la doble imposición internacional.

Que la eliminación de la doble imposición internacional es una exigencia del principio de neutralidad fiscal en las inversiones internacionales es algo que es aplicable a las dos modalidades de doble imposición, jurídica y económica. La diferencia fundamental entre ambas modalidades de doble imposición es que en la jurídica un mismo sujeto pasivo ve gravada dos veces sus rentas por tributos similares en un mismo ejercicio. Desde este punto de vista, como veremos, podría decirse que el fundamento de su eliminación se halla en el principio de capacidad económica que exige la

Estado que aplique el método de exención, y la congelación (y administración) de las rentas obtenidas en la holding para así evitar el gravamen adicional fruto de la distribución. EASSON, citando a HINES y HUBBARD, señalaba que, en 1984, sólo 1/3 de las multinacionales estadounidenses recibían dividendos de sus filiales extranjeras, y sólo el 16% de éstas los distribuía. Cfr. EASSON, A., *Taxing international... op. cit.*, pág. 425, nota al pie nº 9. Igualmente, IZQUIERDO LLANES, G., *El futuro de la tributación... op. cit.*, pág. 69, nota al pie nº 19. Esto ocurría también en nuestro país antes de la introducción del método de exención en 1996. Cfr. RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E., *Sociedades holding. Régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades*. Cuadernos de Formación, Instituto de Estudios Fiscales, nº 33, 1996, pág. 2, y *Sociedad holding. Régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades*. En "El Impuesto sobre Sociedades: La Ley y su nuevo Reglamento", Manual V, Expansión, Escuela de Hacienda Pública, Coopers & Lybrand, Madrid, 1997, pág. 108; DIAZ ARIAS, J.M., *El nuevo Impuesto sobre Sociedades*. Editorial Gaceta Fiscal, Madrid, 1996, pág. 260; CALDERÓN CARRERO, J.M., *Estudio de las nuevas medidas para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional y el tratamiento de las sociedades holdings españolas*, Impuestos, nº 19, 1997, pág. 323. Si todos los Estados adoptaran el método de exención, los alicientes a la creación de holdings en el extranjero se verían muy reducidos ya que podría disfrutarse de las ventajas de este régimen sin salir de su propio Estado.

tributación conforme a la capacidad económica real de cada contribuyente, y como ya avanzó SAINZ DE BUJANDA³³, en los principios de justicia tributaria:

"la lucha contra este fenómeno ha de producirse por varias razones: la primera es, pura y simplemente, una necesidad de justicia, pues se ha de evitar que una persona, por el mero hecho de tener relaciones con varios países se vea más pesadamente gravada que otra. La segunda, y en la hora actual, con una singular importancia para España, porque las medidas que se tomen contra ella vengán impuestas por la política económica, verbigracia: para estimular la inversión y el comercio internacionales".

Un autor que se ha ocupado en profundidad de buscar un fundamento para la eliminación de la doble imposición jurídica internacional es CALDERÓN CARRERO. Este autor examina las relaciones con los principios de capacidad económica e igualdad³⁴, y argumenta que gravar dos veces la misma renta implica sujetar a imposición una capacidad económica ficticia o incluso inexistente, llegando a la conclusión de que:

"la doble imposición internacional (...) se hace incompatible con la idea de sistema tributario justo, de suerte que su eliminación constituye una premisa necesaria para lograr una imposición adecuada a los dictados constitucionales"³⁵.

³³ Cfr. *Lecciones de Derecho Financiero*, Edit. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2ª ed., Madrid, 1982, pág. 60.

³⁴ El autor proporciona una larga bibliografía de autores españoles y extranjeros que encuentran el fundamento para la eliminación en el principio de capacidad económica (nota al pie número 166) o en el principio de igualdad (nota número 172). Cfr. *La doble... op. cit.*, págs. 65 y 69.

³⁵ *Ídem*, págs. 70 y 71.

En efecto, interpretando los principios de capacidad económica e igualdad en la forma antes citada, resultaría contrario a la justicia tributaria que dos sujetos con la misma capacidad económica se vieran (o pudieran verse) sometidos a una carga tributaria distinta por el mero hecho de que uno mantuviera relaciones económicas con dos Estados distintos y el otro no. Pero es que además, CALDERÓN CARRERO acierta al señalar que la doble imposición provoca en el fondo el gravamen de una capacidad económica ficticia o inexistente, lo que llevaría a poder calificarla incluso de inconstitucional³⁶.

La doble imposición internacional supone pues un tratamiento discriminatorio no justificado de uno de los sujetos, y como tal atenta contra los principios de capacidad económica e igualdad tributaria. Para resolver este problema, sólo hay una solución, como apunta CALDERÓN CARRERO³⁷, que

"el gravamen que recaiga, cuando menos en el Estado de residencia, sobre el sujeto pasivo (...) (tenga) en cuenta la exacción de tributos en el Estado donde se originan las mismas en orden a someter a imposición al contribuyente conforme a su verdadera capacidad económica".

Es decir, que se instrumenten medidas que mitiguen o eliminen la doble imposición. A nuestro juicio, el fundamento (y la necesidad) de la eliminación de la doble imposición jurídica está claro: tributar conforme a los principios de justicia tributaria.

³⁶ En este sentido, por ejemplo, la STC 214/1994 señala en su FJ 5º que "si se sometiera a tributación una renta que, pese a estar configurada legalmente como el rendimiento neto del sujeto, sólo fuera en realidad una renta inexistente, ello podría afectar al principio de capacidad económica, que exige gravar la renta o riqueza real del sujeto".

³⁷ *Ídem*, pág. 67.

Sin embargo, y en lo que se refiere a la doble imposición económica, es necesario recordar que en la misma no existe un solo contribuyente sino dos, que ven como la misma renta soporta mayores gravámenes a medida que es distribuida. Es decir, el fundamento para evitarla no puede ser el correcto gravamen de una capacidad económica concreta, pues cada contribuyente tributará sólo por la cantidad que perciba de forma efectiva, sino que cada contribuyente presente en la cadena recibe una menor cantidad.

Eso no significa que la capacidad económica no se vea afectada, sino todo lo contrario. La doble imposición económica tiene como principal efecto la erosión de la capacidad económica global, en la medida en que va absorbiendo poco a poco una parte mayor de los beneficios empresariales, como consecuencia de su distribución a sus legítimos propietarios. Si se nos permite, incluso, podríamos encontrar su fundamento en una vulneración del principio de no confiscatoriedad, en última instancia.

Adicionalmente, lo cierto es que este fenómeno no resulta compatible con el proceso de creación de un mercado interior en el seno de la Unión Europea. En tal ambiente económico, las empresas y los particulares que invierten en las mismas deberían hallarse en las mismas condiciones y sufrir cargas tributarias similares a las que tendrían y sufrirían si operaran exclusivamente en su propio Estado. Para ello, resulta imprescindible pues, la eliminación de todos los obstáculos fiscales añadidos, de manera que una empresa de un Estado miembro pueda invertir en otro Estado miembro en igualdad de condiciones que las empresas allí residentes, lo que obviamente sólo se garantiza con la aplicación del método de exención para, al menos, las rentas de fuente comunitaria.

En definitiva, la eliminación de la doble imposición internacional deviene necesaria como consecuencia de los principios de justicia tributaria, pero también del principio de neutralidad, que exige la remoción de los obstáculos fiscales a la libre circulación de capitales que permitan la entrada y salida de capitales libremente. Como veremos más adelante, fueron precisamente estos principios los que inspiraron la implementación del método de exención en la legislación española.

2.2. Modalidades del método de exención en la eliminación de la doble imposición

A priori, y siguiendo la enunciación realizada por la OCDE en el párrafo 14 de los Comentarios al artículo 23 del Modelo de Convenio, podríamos señalar dos modalidades distintas del método de exención³⁸:

- La exención "plena" o "integral", en virtud de la cual no se integraría en la base imponible del Estado de residencia la renta previamente gravada en otro Estado; y
- La exención "con progresividad", en virtud de la cual el Estado de residencia podría computar la renta gravada en otro Estado, pero únicamente a los efectos de calcular el tipo medio de gravamen aplicable a todas las demás rentas del contribuyente.

³⁸ No es nuestra intención abordar en esta obra un estudio técnico detenido de las características del método de exención, que ya ha sido ampliamente analizado en la doctrina, y de las cuales destacamos, en particular, CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos... op. cit.*

En general, se ha venido admitiendo que el método de exención con progresividad es apto, principalmente, para evitar la doble imposición internacional a personas físicas, ya que los impuestos personales de estas últimas suelen ser progresivos, por definición, pero no para personas jurídicas a las que suele aplicarse un método de exención plena.

No obstante, lo cierto es que en ocasiones algunos Estados han venido aplicando el método de exención plena con algunas variaciones. La más típica, utilizada como veremos por el legislador español entre los años 1996 y 2000 para los dividendos de fuente extranjera y entre los años 1996 y 2014 para los dividendos de fuente interna ha sido la denominada "exención modificada". Esta modalidad se encuentra prevista en el párrafo 37 de los Comentarios al artículo 23 del Modelo de Convenio, y prevé la integración de la renta en la base imponible y la concesión de una deducción en la cuota por el importe de la misma equivalente al dividendo previamente gravado.³⁹

Se trata de una aplicación peculiar del método de exención, ya que comparte alguna de las características técnicas del de imputación, como su *modus operandi* que exige la previa integración de las rentas en la base imponible, o la necesidad de tener en cuenta las cantidades no "exentas" por

³⁹ Para una descripción de esta técnica de eliminación de la doble imposición, puede acudir al párrafo 37 de los Comentarios de la OCDE al artículo 23A de su Convenio Modelo. Asimismo, cfr. CASERO, R., *Spain: New holding company regime for outbound investments*, *Intertax*, n° 12, 1996, pág. 460; DE JUAN Y PEÑALOSA, J.L. y RAVENTÓS CALVO, S., *El nuevo método de exención para los dividendos de fuente extranjera*, *Quincena Fiscal*, n° 16, 1996, pág. 60; y CALDERÓN CARRERO, J.M., *Amendments to Spanish methods of avoiding international economic double taxation and the tax treatment of Spanish holding entities*, *Intertax*, n° 5, 1997, págs. 197 y 198, y *La doble imposición intersocietaria internacional y las sociedades holding*. *Boletín de Fiscalidad Internacional*, *Revista de la Economía Social y de la Empresa*, n° 25, 1997, pág. 41, pero especialmente en *La doble... op. cit.*, págs. 275 y ss.

insuficiencia de cuota íntegra, que podrían trasladarse a ejercicios posteriores.

Estas son, en general, las diversas modalidades utilizadas para eliminar la doble imposición internacional. Al análisis de su aplicación en el reciente ordenamiento tributario español dedicaremos los siguientes apartados de este capítulo.

3. Origen y evolución histórica del método de exención en España

La preocupación del legislador español por fomentar la internacionalización de nuestra economía, atraer capitales y crear un entorno adecuado para los capitales extranjeros no es algo nuevo. Data, cuando menos de 1959, y ha pasado a desde entonces por, al menos, tres etapas distintas, de las cuales, la última, que se desarrolla en la actualidad, ha tenido también su propia evolución, en distintas fases hasta llegar a la situación actual.

3.1. Primera etapa: Antes de 1978

Como señalan SIMÓN YARZA⁴⁰ y SANZ GADEA⁴¹, la primera medida de eliminación de la doble imposición económica tuvo lugar con el Texto Refundido de la Ley reguladora de la Contribución sobre las Utilidades de la riqueza mobiliaria, de 22 de septiembre de 1922, que preveía una deducción sobre

⁴⁰ Cfr. SIMÓN YARZA, M.E., *La exención de dividendos y plusvalías para corregir la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades*. Edit. Lex Nova-Thomson Reuters, 2015, Capítulo 1, sección 1 (recurso electrónico).

⁴¹ Cfr. SANZ GADEA, E., *El resultado financiero en el Impuesto sobre Sociedades. Dividendos y plusvalías de cartera. Rentas exentas y no exentas (I)*. Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, n° 384, marzo 2015, pág. 15.

la cuota del 80% de los dividendos percibidos de sociedades residentes en España sujetas a dicha Contribución. Nada se preveía sobre dividendos de fuente extranjera, algo lógico teniendo en cuenta la escasa internacionalización de la economía española de aquellos años.

La siguiente novedad, esta vez ya sí para los dividendos de fuente extranjera tuvo lugar el 17 de diciembre de 1959, fecha del Decreto 2305/1959⁴², sobre "régimen impositivo de las (sociedades) que tienen por objeto la tenencia de acciones de otras (sociedades) extranjeras". Como apuntaba su artículo 1, el Decreto se aplicaba únicamente a

*"(...) las **sociedades anónimas españolas** que se creen con la autorización del Ministerio de Hacienda y tengan por exclusivo objeto la tenencia de acciones u otros títulos representativos del capital o deudas de Sociedades extranjeras..."*

Estas sociedades se hallaban sujetas a un régimen tributario privilegiado, consecuencia de su especial condición, con exención total en los siguientes impuestos:

- Timbre y derechos reales (por los actos de constitución y aumento del capital social);
 - Emisión y negociación de valores mobiliarios;
 - Beneficio de sociedades y entidades jurídicas;
 - Rentas del capital (en sus distribuciones de dividendos);
- y
- Todos los arbitrios y gravámenes locales recaídos sobre los hechos imposables de los impuestos anteriores.

⁴² Publicado en el BOE de 28 de diciembre de 1959. Cfr. RCL Ar. 1830.

Asimismo (artículo 3), el Decreto regulaba la composición exclusiva del activo de la sociedad: acciones o títulos representativos del capital o deudas de otras sociedades de nacionalidad extranjera no domiciliadas en territorio español, creadas antes que la entidad española tenedora de sus títulos y que no realizaran directa o indirectamente operaciones en territorio español. Se trataba pues de una holding pura con una limitación temporal llamativa, en la medida en que no servía para la tenencia de acciones en sociedades de nueva creación.

El Decreto no incluía definición alguna del término "operaciones" por sí mismo de carácter muy amplio, definiéndose sólo el carácter "indirecto" de las mismas: cuando a través de la posesión de acciones en otra sociedad o junto con otras sociedades o por cualquier otro método, *"puede ejercer control sobre una empresa operante en territorio nacional"*.

Era una norma muy acorde con el espíritu económico de una época en la que, si por una parte se pretendía la apertura económica, por otra aún era necesario cumplir con muchas cautelas y procedimientos administrativos. Así, como señalaba el artículo 1, se requería autorización previa del Ministerio de Hacienda para su constitución; autorización que seguía un complicado procedimiento administrativo regulado en los artículos 4 y 10. Sin embargo, también se requerían autorizaciones previas de la administración para revalorizar o depreciar títulos de entidades que no cotizaran en un mercado oficial (artículo 8) o para llevar a cabo ampliaciones de capital (Arts. 9 y 11).

El incumplimiento de cualquiera de las normas del Decreto se sancionaba severamente, con la pérdida de los beneficios

fiscales sucesivos, y la "inmediata liquidación de la entidad".

La regulación de 1959 tenía dos características destacadas. En primer lugar, el legislador se preocupaba del control de estas sociedades, mediante el requisito de autorización previa⁴³, autorización que sólo se concedía si la entidad revestía la forma de sociedad anónima y tenía como objeto social exclusivo la tenencia de acciones u otros títulos representativos del capital de sociedades extranjeras.

Y, en segundo lugar, las filiales extranjeras no debían realizar "operaciones" en España. Sin embargo, no existían requisitos de otros tipos. Las filiales podían residir en cualquier país o territorio y dedicarse a cualquier tipo de actividades.

Esta regulación fue posteriormente revisada por el Decreto 2580/1966, de 6 de octubre de 1966⁴⁴. La nueva norma no contenía ninguna modificación de alcance, sino que adaptaba el anterior Decreto a las reformas del sistema tributario y de la estructura orgánica del Ministerio de Hacienda.

Su versión definitiva se publicó con el Decreto 3359/1967 de 23 de diciembre de 1967⁴⁵, que aprobaba el Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades de 1967, y cuyo artículo 10.1(I) incorporó el texto de la exención:

*"Estarán exentos de la obligación de contribuir:
(...)"*

⁴³ Similar al antiguo artículo 132 de la Ley 43/1995, en su redacción en vigor hasta el año 2000.

⁴⁴ Publicado en el BOE de 17 de octubre de 1966. Cfr. RCL Ar. 1873.

⁴⁵ Publicado en el BOE de 18 de marzo de 1968. Cfr. RCL Ar. 540.

(I) Las sociedades anónimas españolas que se creen con autorización del Ministerio de Hacienda y tengan por objeto exclusivo la tenencia de acciones u otros títulos representativos del capital o deudas de sociedades extranjeras".

La exención seguía limitándose a las sociedades anónimas españolas que tuvieran determinado objeto social, y el Decreto de 17 de diciembre de 1959 continuaba en vigor, como norma de desarrollo del precepto legal.

Por otra parte, este texto refundido incorporó una importante novedad en su artículo 58: una deducción en cuota del 33% del importe de los dividendos recibidos, tanto de filiales españolas como extranjeras.

3.2. Segunda etapa: 1978-1995

La siguiente etapa se inicia con la Ley 61/1978, Ley del Impuesto sobre Sociedades ("LIS de 1978"), primera norma que vino a adoptar una configuración moderna de la imposición sobre sociedades.

Aunque la Ley mejoró el tratamiento de los dividendos de fuente española, incrementando en su artículo 24 el porcentaje de deducción en la cuota del 33% anterior al 50% ó 100% en determinados casos, no fue ese el caso de los dividendos de fuente extranjera, a los que no hacía referencia alguna directa.

La Ley seguía incluyendo, eso sí, un precepto específico para las sociedades "holding" de 1959, el artículo 25 a) 2, que decía así:

"La cuota resultante después de practicar, en su caso, las deducciones a que se refiere el artículo anterior se bonificará:

a) El 99 por 100 de la parte que corresponda a:

(...)

2. Los rendimientos e incrementos de patrimonio obtenidos por las sociedades anónimas españolas que se creen con autorización del Ministerio de Hacienda y tengan por objeto exclusivo la tenencia de acciones de Sociedades extranjeras, siempre que estas últimas no realicen ninguna actividad en territorio español."

La nueva ley sustituyó la exención anterior por la aplicación de una bonificación del 99%. Como señala QUINTAS BERMÚDEZ⁴⁶, esta modificación estaba configurada deficientemente, ya que se solapaba con el tratamiento de la doble imposición intersocietaria internacional, algo que no podía ocurrir en el texto de 1967, que configuraba una exención⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. QUINTAS BERMUDEZ, J., *Comentario al artículo 25. Bonificaciones en la cuota*. En "Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras", dirigido por Narciso Amorós Rica, Tomo IV, Vol. 2º, Madrid, 1986, pág. 207.

⁴⁷ Otro problema de la nueva regulación radicaba en la aplicabilidad de los regímenes transitorios del artículo 389 RIS, que extendía los beneficios fiscales de la anterior legislación por un plazo de cinco años (desde el 1 de enero de 1979) para aquellas sociedades que a raíz de la nueva ley los hubieran perdido. En la doctrina no existió unanimidad; en opinión de QUINTAS BERMÚDEZ, dado que el régimen de exención de 1967 era más favorable que el de bonificación de la nueva ley, aplicar el régimen transitorio a las sociedades que perdieran su condición de tenedoras de acciones extranjeras las dejaría en mejor situación (ya que disfrutarían de una exención) que a las que la mantuvieran (que disfrutarían de una bonificación). Por ello, abogaba por reinterpretar su espíritu y aplicar no la exención del régimen antiguo, sino la bonificación prevista en la nueva ley. Cfr. *Comentario al artículo 25... op. cit.*, pág. 207. En contra se situaba SANZ GADEA, E., *Impuesto sobre Sociedades. (Comentarios y casos prácticos)*. Tomo I, Edit. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1987, pág. 160.

Asimismo, otra diferencia era la restricción del objeto social propio de estas sociedades, que pasaba de la "tenencia de acciones u otros títulos representativos del capital o deudas de Sociedades extranjeras..." a únicamente la tenencia de acciones.

Sin embargo, este nuevo régimen tributario mantuvo tres de las características de 1959 y 1967. En primer lugar, sólo se aplicaba a sociedades anónimas españolas; en segundo lugar, se necesitaba una autorización previa del Ministerio de Hacienda, y, en fin, las filiales extranjeras no podían desarrollar actividades en territorio español⁴⁸.

Su aplicación práctica fue muy limitada, debido a la renuencia del Ministerio de Hacienda a conceder una bonificación de esta cuantía. Finalmente, el apartado 23 de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, obligó a las sociedades de este tipo que todavía estuvieran activas a optar entre tres posibilidades: la disolución, la transformación en sociedades sujetas al régimen general o la transformación en sociedades de inversión mobiliaria, a pesar de lo cual, el artículo 25.2 a) citado se mantuvo con su misma redacción hasta la entrada en vigor de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades ("LIS de 1995").

Aunque originariamente la Ley no contenía ninguna otra referencia a la aplicación del método de exención para

⁴⁸ La determinación de cuando una actividad se entiende realizada en territorio español se producía en el artículo 179.2 del Reglamento del Impuesto: "A estos efectos se entenderá que una Sociedad extranjera realiza actividades en territorio español cuando tenga en él un establecimiento permanente o a través de la posesión de acciones consiga una relación de dominio, directo o indirecto, de más del 25 por 100 del capital social de otra Sociedad que opere en dicho territorio."

eliminar la doble imposición internacional⁴⁹, no podemos dejar de comentar, a título meramente ejemplificativo ya que su análisis caería fuera del ámbito de este estudio, que su Disposición transitoria cuarta de la Ley requería al gobierno la preparación de un Proyecto de Ley sobre el régimen fiscal de las "Uniones Temporales de Empresas" (en adelante, UTEs), antes del 31 de diciembre de 1979.

Dicho Proyecto fue finalmente aprobado a través de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, "sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional" y cuyos artículos 13 y 14 introducían expresamente el método de exención⁵⁰ para los resultados procedentes del extranjero obtenidos por las UTEs inscritas en el Registro Especial del Ministerio de Hacienda, bien directamente de su actividad en el extranjero o indirectamente a través de "fórmulas de colaboración análogas".

La introducción del método de exención respondía, precisamente, a la necesidad de eliminar la doble imposición internacional que se ocasionaba cuando las actividades de la UTE en el extranjero se gravaban directamente allí o creaban un establecimiento permanente en dicho país, que soportaba a su vez tributación bajo un Impuesto sobre Sociedades, o similar figura tributaria. Por tanto, esta norma tenía como

⁴⁹ Si lo hacía en el ámbito interno, ya que el artículo 24 preveía una deducción en la cuota de la parte proporcional equivalente al 50% o 100% de los dividendos de fuente española integrados en la base imponible, que es el origen de los posteriores artículos 28.1 y 2 y 30.1 y 2 de la LIS de 1995 y del TRLIS.

⁵⁰ De hecho, el artículo 13 preveía que el método de exención se aplicara en su modalidad "con progresividad" o "simple" en función de que la UTE fuera una Empresa individual o social, dado que el artículo 8 de la Ley 18/1982 permite el acceso a las UTEs a los empresarios personas físicas, a las que, por tanto, se extendía este beneficio. Posteriormente, tras la Ley 43/1995, la aplicación del método de exención, en su modalidad plena se reservó para personas jurídicas.

objetivo, eliminar la doble imposición internacional, y ello tanto si la tributación la había soportado la UTE directamente por sí misma, directamente a través de su establecimiento permanente, o indirectamente, a través de su participación en una "fórmula de colaboración análoga" extranjera, que también hubiera sido gravada.

Finalmente, no podemos dejar de hacer alusión al artículo 18 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, que introducía en el ordenamiento español el régimen de la Directiva matriz-filial. Si bien como analizaremos oportunamente, la Directiva permitía la adopción del régimen de exención, esta Ley optó inicialmente únicamente por eliminar la doble imposición económica internacional aplicando el método de deducción del impuesto subyacente.

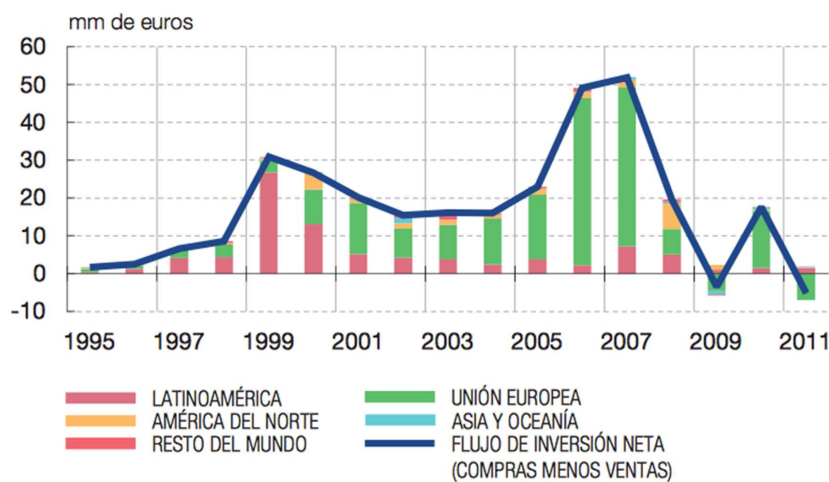
3.3. Tercera etapa: De 1996 hasta la actualidad

La exposición de motivos de la LIS de 1995 señalaba como una de las causas de la reforma de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, "la apertura de nuestra economía a los flujos transfronterizos de capitales", reconociendo explícitamente que "probablemente sea ésta la causa que con mayor intensidad demandaba una reforma del Impuesto sobre Sociedades". Esa necesidad de apertura de las normas fiscales ya había sido reconocida en el "*Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades*" de 1994, que mencionaba la necesidad de perfeccionar las medidas de eliminación de la doble imposición internacional en un afán por mejorar la competitividad de las empresas españolas.

Como hemos señalado en el epígrafe 1 anterior, el método de imputación utilizado hasta entonces, perjudicaba la inversión en el exterior e incentivaba la no repatriación de rentas y la creación de holdings extranjeras. Cualquier "perfeccionamiento" debía pasar, pues por la (re)introducción del método de exención en el ordenamiento tributario español.

Y de ello se ha encargado el legislador, de forma consistente desde el año 1996. Buena prueba de su éxito en la mejora de la competitividad de las inversiones internacionales españolas, especialmente durante los años anteriores a la crisis económica y financiera de 2008, puede apreciarse en el siguiente gráfico sobre inversión neta española en el extranjero⁵¹:

FLUJO DE INVERSIÓN NETA EN EL EXTERIOR. DESGLOSE POR ÁREAS GEOGRÁFICAS (a)



⁵¹ Cfr. MENÉNDEZ, A. y MÉNDEZ, M., *Evolución de las inversiones en el extranjero de las empresas no financieras españolas e implicaciones para su estructura financiera y rentabilidad*, en Boletín Económico del Banco de España, diciembre 2011, pág. 60.

Lo cierto es que, desde un punto de vista técnico, la implementación del método de exención en el ordenamiento tributario español podría resumirse en 4 fases.

- La primera de ellas, la iniciada, precisamente el 1 de enero de 1996, con la entrada en vigor de la LIS de 1995, se caracterizó por la introducción de un nuevo régimen especial en los artículos 129 a 132 de la Ley, denominado de las "*Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros*" (en adelante, ETVE), basado en principio (si bien en forma poco clara, como veremos más adelante) en el método de exención.

Sin embargo, hay que resaltar que este régimen no estaba previsto en el Proyecto de Ley presentado en las Cortes por el Gobierno, sino que su redacción final fue fruto de varias enmiendas consensuadas entre los Grupos Parlamentarios Socialista, Catalán y Popular. Precisamente este último grupo no vio atendidas todas sus propuestas, razón por la que, tras acceder al gobierno en 1996, promulgó el Real Decreto-Ley 8/1996 y la Ley 10/1996, que modificaron ligeramente el régimen ETVE así como añadió un nuevo artículo a la LIS de 1995, (el artículo 30bis, aplicable a dividendos obtenidas de filiales no residentes) que introducían un régimen de "exención modificada" para los dividendos y plusvalías por transmisión de participaciones de fuente extranjera aplicable no ya solo a las ETVEs sino a cualquier entidad residente fiscal en España y sujeta al Impuesto sobre Sociedades.

El objetivo de esta norma era, y así se señalaba en el título del Real Decreto-Ley que la introdujo, fomentar

la internacionalización de las empresas españolas, facilitando sus inversiones en el extranjero, pero el nuevo régimen ETVE facilitaba también la utilización por entidades extranjeras.

Como puede apreciarse en el gráfico anterior, esta primera etapa supuso el despegue de la inversión neta española en el extranjero, con cifras de hasta 30 millones anuales en 1999.

- La segunda fase tuvo lugar con la aprobación del Real Decreto-Ley 3/2000. Se trató más bien de una reforma puramente técnica, que vino a unificar la aplicación del método de exención en su modalidad pura en torno a un solo artículo, el 20bis aplicable a dividendos y plusvalías por transmisión de participaciones de fuente extranjera, al que se referían tanto las normas referentes a establecimientos permanentes (que hasta entonces tomaban como referencia las normas de las ETVEs) como las propias normas de las ETVEs.

El gráfico anterior también es ilustrativo sobre los efectos de esta reforma en los años posteriores, en los que como se aprecia, si bien se reduce el importe de inversión neta, sí supone una consolidación de la tendencia neta positiva.

- La tercera fase se produjo con la aprobación de una importante reforma en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, "de medidas fiscales, administrativas y del orden social", en relación con el requisito de tributación idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades español y se vio concretada, especialmente, con el Real Decreto-Legislativo 4/2004, de 5 de marzo

“por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades” (“TRLIS”).

Esta tercera fase, que también sufrió algunas modificaciones técnicas, a través del Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo y la Ley 16/2013, de 29 de octubre, fue la más prolífica y la que, evidentemente, dada la fecha de realización de este estudio, ha dado lugar a un mayor número de dudas y resoluciones de la Dirección General de Tributos, y asimismo fue la que registró un mayor volumen de inversión neta directa hasta el inicio de la crisis económica de 2007.

- Y, finalmente, la última fase ha sido la iniciada desde 2015, por la nueva Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades (“LIS”), tras las recomendaciones del “Informe de la comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español”, la llamada “Comisión Lagares” creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de julio de 2013⁵² y los recientes cambios introducidos por la LPGE 2021.

Como admite la exposición de motivos de la Ley 27/2014, la reforma trataba de resolver diversas incompatibilidades con el Derecho de la Unión Europea incluidas en la redacción vigente hasta ese momento, para lo que optó, entre otras medidas, por extender a los dividendos y participaciones en beneficios de entidades residentes la exención pura aplicada hasta entonces de forma única a los procedentes de entidades no residentes.

⁵² Informe de febrero de 2014, disponible en la siguiente dirección. <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf>

Si bien estas cuatro fases pueden diferenciarse temporalmente, lo cierto es que desde el punto de vista técnico todas ellas responden a una estructura bien definida, con unos requisitos comunes:

- (i) Aplicación exclusivamente a rentas consideradas como dividendos (y plusvalías o rentas de establecimientos permanentes, en su caso);
- (ii) Una participación mínima, tanto sustancial como temporal; esto es, un porcentaje mínimo de participación o inversión en la entidad participada en cuestión, así como en un periodo mínimo de tenencia;
- (iii) Una tributación comparable, requisito orientado, en principio, a conceder la exención exclusivamente a rentas que hayan soportado doble imposición económica; y
- (iv) Con la excepción de la LIS de 2014 en la que este requisito no se contempla de forma expresa, un origen "empresarial" de las rentas percibidas como dividendos, con la intención de orientar las actividades de las empresas españolas hacia ciertas actividades productivas, evitando la mera obtención de rentas "pasivas"⁵³.

⁵³ Generalmente, el concepto de rentas pasivas se contrapone al de rentas empresariales. Suelen ser, como señala LUCAS DURÁN, "rentas que no implican tanto una actividad de medios de producción en el otro Estado (...) sino únicamente la cesión de un dinero (financiación propia, por medio de acciones, o ajena, por medio de un préstamo) o bien la cesión de una determinada tecnología (v. gr. patentes) que producirán un flujo periódico de rentas a favor del cedente." Cfr. LUCAS DURÁN, M., *Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional*. En VV.AA.

A continuación, iniciaremos el análisis de estos requisitos bajo la Ley 27/2014 desde un punto de vista técnico-tributario, tratando de dilucidar la pertinencia de los mismos y proponiendo posibles mejoras técnicas. Con todo, con carácter previo consideramos que resulta útil exponer previamente la configuración técnica de las normas de exención vigentes desde 1996 para poder entender adecuadamente sus requisitos, que son analizados en los capítulos siguientes de este trabajo.

4. Configuración técnica del método de exención en las diversas normativas introducidas desde 1996

4.1. Planteamiento de la cuestión

Si bien de una somera lectura de la redacción del actual artículo 21 de la LIS de 2014 es obvio que el legislador español utiliza un método de exención plena, no siempre fue así. De hecho, como señalábamos en el epígrafe 3.3. anterior, una de las peculiaridades de la LIS de 1995 fue que contenía, al menos, dos regímenes de exención distintos, aparte del aplicable a las Uniones Temporales de Empresas, hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2000 que unificó los dos regímenes existentes en un sólo precepto, el artículo 20bis, modificación que, como decimos, se ha mantenido hasta la actualidad en el artículo 21.

Con la redacción inicial de la Ley del Impuesto sobre Sociedades se introdujeron los artículos 129 a 132, el régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros

"Fiscalidad Internacional", 7ª ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2019, pág. 748.

(en adelante ETVEs), que incorporaba en el artículo 130 el método de exención para dividendos (y rentas de la transmisión de participaciones) por la transmisión de participaciones de fuente extranjera.

Esta redacción se introdujo a través de las enmiendas números 140 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) y 211-215⁵⁴ del Grupo Parlamentario Socialista (PSOE), de idéntico texto. La introducción de la enmienda 140 se justificaba en los siguientes términos:

*"Evitar la doble imposición internacional con un marco similar al de los países más avanzados de la Unión Europea, a fin de que las empresas españolas que están desarrollando un actividad exterior no resulten en una peor situación fiscal que aquellas cuya actividad se centra exclusivamente en el mercado nacional, evitando con ello la congelación de capitales en el exterior, favoreciendo la repatriación de beneficios y propiciando una mayor internacionalización de la empresa española, así como la constitución de sociedades holding en España"*⁵⁵.

El régimen previsto era muy parecido al que finalmente se aprobó⁵⁶, en el que las ETVEs se caracterizaban por no

⁵⁴ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 11 de septiembre de 1995, Serie A, nº 106-9, págs. 119-121 y 144-146.

⁵⁵ Como puede advertirse, los argumentos expuestos son los mismos que tradicionalmente se utilizan para defender la aplicación del método de exención frente al de imputación. Sin embargo, resulta llamativa la última frase, que reconoce implícitamente una justificación adicional: la constitución de sociedades holding en España; esto es, situar a España en la línea de salida de la competencia fiscal internacional en materia de holdings.

⁵⁶ Las principales diferencias fueron introducidas durante la tramitación en el Senado. Así, inicialmente:

- Se exigía una participación mínima del 10%, reducida a un 5% por la enmienda número 268 del Grupo Parlamentario Popular (PP). Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, 31 de octubre de 1995, Serie A, nº 95, pág. 175

integrar en su base imponible los dividendos y rentas procedentes de la transmisión de participaciones en filiales que cumplieran determinados requisitos del artículo 130 de la LIS de 1995.

Esta regulación sufrió, como decíamos, una reforma muy pronto, a través del Real Decreto-Ley 8/1996 y la Ley que lo convalidó, Ley 10/1996, de 18 de diciembre, de *"medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas"* que introdujo un nuevo artículo 30bis, con un método de "exención modificada" aplicable a todos los contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades y no únicamente a los que solicitarán la aplicación de un régimen especial.

La duplicidad de métodos de exención sobre los dividendos de fuente extranjera solo vino a darse en la primera fase de la reintroducción del método de exención, entre los años 1996 y 2000, ya que a partir de dicho año, el Real Decreto-Ley 3/2000 unificó las regulaciones en torno a un único artículo

-
- El objeto social seguía los mismos criterios tradicionales de los Decretos de 1959 y la Ley 62/1978, exigiéndose que el fin exclusivo de estas entidades fuera la tenencia de participaciones en entidades no residentes. Finalmente, se aprobó que el fin fuera "primordial" a través de la redacción final dada por la enmienda anterior;
 - No se preveía la posibilidad de computar el plazo de tenencia por sociedades del mismo grupo, posibilidad finalmente introducida por la enmienda número 269 del Grupo Parlamentario Popular (PP). Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, 31 de octubre de 1995, Serie A, nº 95, pág. 175.
 - Se restringían las actividades de la filial a las desarrolladas en su país de residencia. La extensión a cualquier otro país distinto de España se produjo en las enmiendas número 79 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) y 125 del Grupo Parlamentario Socialista (PSOE). Cfr. Ibídem, págs. 103 y 118, respectivamente.
 - No se preveía la posible aplicación del artículo 108 de la LIS (aportaciones no dinerarias), que finalmente se admitió por la enmienda número 81 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU). Cfr. Ibídem, pág. 103;
 - Instituía el silencio administrativo negativo en la autorización administrativa previa. Fueron las enmiendas números 80 del Grupo Parlamentario Catalán y 126 del Grupo Socialista las que modificaron su redacción, presumiendo el silencio positivo.

20bis al que se remitían las normas de las ETVEs, precepto que se refería específicamente al método de exención plena en sentido estricto, método que se ha mantenido vigente tanto con la primera redacción de la LIS como con la introducida a través de la LPGE 2021.

Analizaremos, pues, las principales características de las exenciones introducidas en el año 1996.

4.2. La peculiar configuración técnica de la redacción legal de 1996

La primera cuestión es si precisamente estos artículos adoptaban el método de exención y, en su caso en qué modalidad. La cuestión no era baladí, ya que ni el artículo 30bis ni el 130 LIS mencionaban el término "exención", presentando, además, una configuración técnica peculiar.

El artículo 30bis contemplaba una deducción del 100% de la cuota íntegra correspondiente a la base imponible generada por el importe íntegro de los dividendos y el artículo 130 LIS, señalaba que los dividendos o participaciones en beneficios "no se integrarán en la base imponible".

En el primero de los casos, el legislador utilizó la ya comentada "exención modificada", que también se encontraba en otros preceptos de la Ley del Impuesto sobre Sociedades hasta fecha muy reciente, como el artículo 28 de corrección de la doble imposición económica intersocietaria en relación con las participaciones en entidades residentes fiscales en España, técnica que responde a las características básicas del método de exención, incluyendo el respeto al principio de neutralidad en la importación de capitales.

En cuanto al artículo 130, la dicción literal de la ley no era clara. Afirmar que los dividendos que cumplan las condiciones arriba expuestas "*no se integrarán en la base imponible*" inducía a dudar si estábamos en presencia de una norma de no sujeción o de exención, ya que, en puridad, en ninguno de los dos casos existiría integración en la base imponible. A efectos de la constitución de un régimen de entidades holding, que recordemos era el verdadero objetivo de la norma, la redacción legal no suponía un problema, ya que, tanto con una norma de no sujeción como con una exención, el efecto económico debía ser el mismo: la no tributación, y por tanto ambas normas respetarían el principio de neutralidad en la importación de capitales.

Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho de la Unión Europea el problema tenía mucha mayor trascendencia práctica. Según la Directiva matriz-filial (en aquel entonces, regulada en la Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio), las distribuciones de dividendos intracomunitarias pueden quedar exentas de tributación tanto en el país de la fuente como en el de residencia de la matriz, si se cumplen determinadas condiciones, entre las que el artículo 2 c) de la Directiva señala que la sociedad filial debe estar sujeta a tributación, sin posibilidad de opción, y no exenta⁵⁷. En este sentido, si el artículo 130 hubiera sido una norma de no sujeción, las ETVEs habrían estado excluidas de la aplicación de esta Directiva.

En principio, podría pensarse que nos encontrábamos ante un supuesto de no sujeción ya que la ley, cuando así lo quiso no

⁵⁷ En nuestra opinión, la exención a que se refiere la Directiva es una exención absoluta, por todas las rentas independientemente de su fuente o naturaleza, pero nunca una exención parcial, por alguna renta en cuestión. Sobre este punto volveremos más adelante al analizar el requisito de tributación comparable.

tuvo reparo en declarar la exención de determinadas rentas⁵⁸. Sin embargo, también existen varios casos en los que el legislador se mostró renuente a utilizar este término, denominando "deducciones en la cuota" a supuestos más similares a la exención⁵⁹.

A todo ello hay que añadir, que el régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros se encontraba en el Capítulo XIV del Título VIII "Regímenes tributarios especiales"; es decir, constituía una derogación de las normas del régimen general para determinados supuestos. Resulta pues de gran importancia conocer si tal precepto era una norma de no sujeción (y como tal delimitaba el hecho imponible) o de exención (y como tal enervaba sus efectos materiales).

En palabras ya clásicas de SAINZ DE BUJANDA⁶⁰ en las normas de no sujeción

"Algo o alguien no están sujetos, lisa y llanamente porque la norma tributaria que configura el hecho imponible o define los criterios de vinculación de las personas a esos hechos lo hace con invocación de criterios y de elementos delimitadores que forzosamente dejan fuera de su ámbito a una gama infinita de situaciones y personas."

Como se puede apreciar, no era éste el caso del artículo 4.1 de la LIS de 1995 que definía el aspecto material del hecho imponible como la obtención de renta, sin proporcionar criterios o elementos delimitadores de ningún tipo que

⁵⁸ Era el caso, por ejemplo, de los artículos 133 y ss. sobre entidades parcialmente exentas.

⁵⁹ Los artículos 28.2 y 5, 29bis y 30bis LIS fueron buen ejemplo de ello.

⁶⁰ Cfr. SAINZ DE BUJANDA, F., *Teoría jurídica de la exención tributaria. Informe para un coloquio*, en "Hacienda y Derecho", Vol. III..., op. cit., pág. 430-432.

pudieran hacernos pensar que la dicción del artículo 130 de dicha norma respondía a un supuesto de no sujeción.

Pero es que, además, las normas de no sujeción tienen un mero carácter didáctico, de suerte que su omisión en el texto legal no repercutiría en el contenido de la obligación tributaria. Son, como destaca ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN⁶¹, normas jurídicas incompletas, meramente aclaratorias que delimitan el concepto de hecho imponible. Sin embargo, la omisión de una norma de exención, tendría como consecuencia precisamente el pleno nacimiento y desarrollo del hecho imponible.

Al volcar estos argumentos sobre el artículo 130 se aprecia que su omisión habría causado que las rentas allí citadas se hubieran sometido precisamente al régimen normal de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Es decir, la presencia del artículo 130 enervaba los efectos del artículo 4 LIS (el nacimiento de la obligación tributaria) y evitaba el gravamen de determinadas rentas; era pues una auténtica norma de exención.

A una conclusión similar podríamos llegar si siguiéramos las ideas de otros estudiosos del instituto de la exención tributaria, LOZANO SERRANO⁶², HERRERA MOLINA⁶³ y ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN. En opinión del primero:

"(...) mientras la norma de exención encierra ese contenido positivo de justicia o, en general, de un fin público que se quiere lograr, y en virtud de lo cual la

⁶¹ Cfr. ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Técnicas desgravatorias y deber de contribuir*. Edit. McGraw Hill, Madrid, 1999, pág. 14.

⁶² Cfr. LOZANO SERRANO, C. *Exenciones tributarias y derechos adquiridos*. Edit. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 42.

⁶³ Cfr. HERRERA MOLINA, P.M. *La exención tributaria*. Edit. Colex, Madrid, 1990, págs. 37-44.

norma tributaria antepone esa necesidad a la del pago del tributo, nada de esto ocurre en los supuestos de no sujeción, en los que no puede detectarse finalidad alguna que haya sido tomada en consideración por el legislador."

Como señalaba la exposición de motivos de la enmienda que introdujo el régimen de las ETVEs, el legislador tenía unas intenciones especiales: evitar la doble imposición económica internacional e impulsar la repatriación de las rentas de fuente extranjera, favorecer la capacidad inversora de las empresas españolas en el exterior y estimular la creación de holdings en España. Todos estos fines podrían calificarse, cuando menos, siguiendo a LOZANO SERRANO de "fin público que se quiere lograr". Así, la presencia de un fin público en la norma, habría conducido a calificarla como norma de exención.

Siguiendo a HERRERA MOLINA⁶⁴, se habría tratado de una norma de exención en sentido estricto, ya que existen dos preceptos (de sujeción (artículo 4 de la LIS) y de exención (artículo 130 de la LIS)) inspirados en criterios distintos. La norma de sujeción se inspiraría en el deber de contribuir mientras la de exención lo haría en los motivos antes citados que, en opinión de ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN⁶⁵, constituyen los criterios materiales de justicia tributaria y de interés social que la diferencian de los supuestos de no sujeción.

Finalmente, en cuanto al carácter de la norma de exención en sí, podría incluso pensarse que se trataba de una exención mixta⁶⁶, ya que exoneraba de tributación la percepción de

⁶⁴ Ídem, pág. 44.

⁶⁵ Cfr. ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *Técnicas desgravatorias...* op. cit., pág. 15.

⁶⁶ El concepto de exenciones mixtas (normas que exoneran ciertas actividades realizadas por ciertos individuos) fue enunciado por GIULANI FONROUGE (cfr. HERRERA MOLINA, P.M., *La exención...* op. cit., pág. 245) y criticado por SAINZ DE BUJANDA. Cfr. *Teoría jurídica...* op. cit., pág. 456.

dividendos y plusvalías por un ente específico: la ETVE. En nuestra opinión, era más bien una exención subjetiva que, en palabras de SAINZ DE BUJANDA, no precisaba por tanto de la existencia de “un “hecho imponible exento” (que no encontramos expresamente citado en ningún lugar), sino que nacía para el sujeto beneficiado (la ETVE) cuando se producía el hecho imponible que respecto a la generalidad de las personas, da origen a la obligación de contribuir” (incisos nuestros),⁶⁷ que se configuraba como una exención parcial por los dividendos y ciertas plusvalías obtenidos, algo distinto a la exención absoluta que eximiría de gravamen todas las rentas.

En conclusión, si bien la técnica jurídica utilizada inicialmente en el régimen de las ETVEs era manifiestamente mejorable (y de hecho se mejoró técnicamente a partir del año 2000 con la introducción de la exención plena), no podemos dejar de considerar al artículo 130 de la LIS de 1995 como la primera formulación moderna del método de exención en España.

⁶⁷ Cfr. SAINZ DE BUJANDA, F., *Teoría jurídica... op. cit.*, pág. 451.

CAPITULO II: EL CONCEPTO DE DIVIDENDOS O PARTICIPACIONES EN BENEFICIOS⁶⁸

1. Consideraciones previas

Una vez explicado el origen y fundamento técnico del método de exención que el legislador decidió utilizar para impulsar la internacionalización de la empresa española en general, y la repatriación de los dividendos resultantes de dichas inversiones, en particular, es necesario abordar precisamente el concepto de estas últimas rentas.

Como se ha explicado en el capítulo I, aunque los preceptos que introdujeron el método de exención en materia de dividendos (los artículos 20bis, 21, 30bis y 130) tuvieron variadas redacciones durante el periodo de vigencia de la LIS de 1995 y el TRLIS, todas esas redacciones tenían algo en común: la exención se aplicaba a los "dividendos o participaciones en beneficios". Sin embargo, ninguno de los

⁶⁸ Vaya por anticipado que no es la intención de esta obra realizar un análisis exhaustivo de todos los supuestos que, bajo Derecho español, pueden constituir (o no) un dividendo. Todo lo contrario, el objetivo de este capítulo es tratar de explicar el ámbito objetivo de la exención que nos ocupa, que como hemos explicado en la Introducción, se aplica en el ámbito internacional y, precisamente por ello, atenderemos especialmente a supuestos de "dividendos o participaciones en beneficios" típicos de las inversiones en sociedades extranjeras. Para un análisis exhaustivo de los "dividendos o participaciones en beneficios" con y sin derecho a la exención, tanto en el TRLIS como en la LIS de 2014, recomendamos acudir a SIMÓN YARZA, M.E. *La exención de dividendos y plusvalías... op. cit.*, en el ámbito internacional a, HELMINEN, M., *The International Tax Law Concept of Dividend Contributor*, Kluwer Law International, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, the Netherlands, 2017 y en el ámbito de los convenios de doble imposición a CASTRO ARANGO, J.M., *Tesis Doctoral. El concepto de dividendo en los Convenios de Doble Imposición*. Diciembre de 2014. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20673/castro-arango-jm-tesis.pdf?sequence=1>

mencionados artículos incluyó nunca una definición de "dividendos o participaciones.

El legislador de 2014 trató de corregir esta carencia en la LIS, incluyendo dicho concepto en el apartado 2 del artículo 21. Sin embargo, la nueva definición es, en nuestra opinión, demasiado sucinta e imprecisa, generando muchas dudas, no todas resueltas por la doctrina administrativa.

En cualquier caso, no es ésta la única objeción que podría plantearse a la LIS en relación con esta cuestión. Al igual que ocurría también en la normativa anterior, la LIS tampoco precisa la normativa conforme a la cual determinar la existencia de un dividendo o participación en beneficios cuando los mismos proceden del extranjero, vacío que ha tenido que ser llenado por el Tribunal Supremo.

A continuación, analizaremos todas estas cuestiones, con el objetivo último de formular, en última instancia, los principios en los que se debería basar un concepto de dividendos o participaciones en beneficios que salve las limitaciones que aún permanecen en la redacción del actual artículo 21.

2. El concepto de "dividendos o participaciones en beneficios"

2.1. Antecedentes y planteamiento de la cuestión

La redacción de la normativa anterior a la LIS generaba dos incógnitas: por un lado, ni la propia normativa fiscal⁶⁹, ni

⁶⁹ Podría plantearse la posibilidad de haber acudido al artículo 23 de la entonces vigente Ley 40/1998, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ("LIRPF de 1998"), o al artículo 25 de la Ley 35/2006,

la mercantil, contable o societaria, contenían una definición expresa de "dividendos o participaciones en beneficios"⁷⁰, y asimismo ninguna de estas normas hacían referencia específica a la condición en virtud de la cual se debían obtener estas rentas.

Todo lo más, cada Plan General de Contabilidad ("PGC") existente incluía los dividendos entre los ingresos

de 28 de noviembre ("LIRPF") o incluso a la definición de los dividendos incluida en los Convenios de Doble Imposición suscritos por España, normas ambas que afrontan el concepto de dividendo desde una perspectiva tributaria. El problema es que el citado artículo 23 de la LIRPF de 1998 (como por otra parte ocurre con la LIRPF actual, tanto en su redacción inicial como en la aplicable desde 2015) no incluía ninguna definición de dividendos, sino que solo los citaba como una renta del capital mobiliario más, en el grupo de las procedentes de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad y entre otras muchas rentas; es decir, no permitía una concreción lo suficientemente adecuada del concepto e incluso generaba un tratamiento fiscal distinto para los dividendos (que podían beneficiarse de porcentajes eliminadores de la doble imposición económica en la LIRPF de 1998 y de una exención de hasta 1.500 euros en la primera redacción de la LIRPF actual) y para las demás utilidades provenientes de la condición de socio, accionista, asociado o partícipe, criterio que, como veremos, no se compartía en la normativa del Impuesto sobre Sociedades. En esta misma línea, cfr. SANZ GADEA, E., *Impuesto sobre Sociedades. Comentarios y Casos prácticos*, CEF, Tomo II, 4ª ed., Madrid, pág. 1347 y GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar... op. cit.*, pág. 604, nota al pie 7. En contra, deberíamos destacar la sugerente posición de LUCAS DURÁN, quien, ya desde 2003 partiendo de los conceptos incluidos en los artículos 25.1 y 33.3 a) de la LIRPF, ha venido tratando de construir un concepto uniforme de dividendos a efectos de todos los impuestos. Cfr. LUCAS DURÁN, M. *Los dividendos e intereses... op. cit.*, 3ª ed., págs. 679 y ss. En cuanto a la definición de los dividendos incluida en los Convenios de Doble Imposición, que sí que es muy detallada, no debemos olvidar que la misma tiene por función única y exclusivamente calificar la renta a los efectos de determinar si el Estado de la fuente tiene potestad de gravamen sobre la misma, pero no influye en la normativa interna, por lo que no sería correcto técnicamente partir de la misma para definir el concepto de dividendo. En esta misma línea, cfr. GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar... op. cit.*, pág. 606 y, especialmente, CALDERÓN CARRERO, J.M., *A vueltas con las reglas de interpretación... op. cit.* págs. 5 y ss. En una línea similar, pero algo más matizada, puede verse la obra de CASTRO ARANGO, J.M., *Tesis Doctoral. El concepto de dividendos... op. cit.* págs. 85 y 454.

⁷⁰ Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la Norma de Registro y Valoración ("NRV") 9ª del PGC de 2007 sí ha venido diferenciando entre activos financieros (y, entre ellos, los instrumentos de patrimonio emitidos por terceros) y los pasivos financieros, pero sin mayor concreción respecto al concepto de dividendos a los que al igual que el PGC de 1990 se han considerado como ingresos computables en la cuenta de pérdidas y ganancias.

financieros computables como parte de la cuenta de pérdidas y ganancias, pero sin mayor precisión. Por su parte, la normativa societaria, esto es el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas⁷¹ ("TRLSA") y el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital ("TRLSC")⁷², tampoco contenían un concepto expreso de dividendos o participaciones en beneficios, si bien si contenían otras normas relativas a los derechos de los accionistas o la regulación de las distribuciones de beneficios, que podían permitir una aproximación al concepto de dividendos o participaciones en beneficios:

- La regulación de los derechos del accionista (artículos 48.2 del TRLSA y 93 del TRLSC) mencionaba, en primer lugar: *"El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación"*.
- La regulación de la aplicación y distribución de resultados (artículos 213 y 215 del TRLSA y 273 y 275 del TRLSC) permitía definir los dividendos como aquellas cantidades repartibles a los accionistas o partícipes una vez cubiertas las atenciones legales o estatutarias, en proporción a su respectiva participación en el capital de la sociedad, y procedentes de los beneficios del ejercicio o las reservas de libre disposición.

Como puede advertirse, ambos enfoques tenían un común denominador: debía considerarse como dividendo aquella cantidad satisfecha a los accionistas o socios de la sociedad

⁷¹ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre y en vigor hasta la promulgación del TRLSC.

⁷² Aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

procedente de las ganancias sociales, presentes o pasadas. A priori, no debía cualificar, por tanto, como "dividendo" ninguna otra renta recibida por los accionistas por su condición de tales (p.e. otras remuneraciones por la condición de socio fundador) ni una cantidad percibida de la sociedad por personas que no fueran sus accionistas o partícipes.

En cuanto al significado de "participaciones en beneficios", como decimos, tampoco existía ninguna definición legal. Un autor que estudió este concepto en profundidad fue RUIZ GARCÍA⁷³ para quien la expresión "participaciones en beneficios" trae causa de la evolución histórica del concepto de dividendos. En un principio, el TEAC, en una resolución de 29 de mayo de 1934 consideraba como dividendos *"solamente a los beneficios repartidos a las acciones de una Sociedad Anónima, y que no tienen esta consideración las ganancias percibidas por un socio colectivo o comanditario cuando su capital invertido en la Sociedad no está representado por acciones"*.

Como continúa exponiendo este autor, posteriormente, el concepto recibió una interpretación cada vez más amplia, como se aprecia en la Ley de 16 de diciembre de 1940, de reforma tributaria, cuyo artículo 43 asimilaba a los dividendos las participaciones en sociedades sin acciones, que desde un punto de vista legal no distribuían "dividendos" sino "beneficios". Esta postura fue seguida por el TEAC en dos Resoluciones de 16 de julio de 1948 y 14 de octubre de 1949, que extendían la deducción por doble imposición interna entonces vigente del 80 por ciento también a las

⁷³ Cfr. RUIZ GARCÍA, J.R., *La deducción por dividendos en el sistema tributario español*. Edit. Civitas, Madrid, 1991, págs. 128 a 132.

participaciones en beneficios, así como, por la Ley de Reforma del Sistema Tributario de 11 de junio de 1964, que extendía el tratamiento fiscal de los dividendos a diversas participaciones en beneficios.

Finalmente, la ampliación del concepto de dividendo para incluir las participaciones en beneficios recibió el impulso definitivo con la LIS de 1978, y con el Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, que aprobó el Reglamento de dicho impuesto, para los que lo relevante al aplicar la deducción por doble imposición no era tanto el concepto literal y estricto de la renta en cuestión, como las razones técnicas que justificaban la deducción, esto es que la cantidad distribuida hubiera sido previamente gravada en la sociedad pagadora e integrase la base imponible de la perceptora, esto es que pudiera sufrir una doble imposición económica.

En conclusión, podría decirse que tanto desde la perspectiva de los "dividendos" como de las "participaciones en beneficios" se requería que, a pesar de que no estuviera expresamente previsto en la norma, su perceptor tuviera la condición de socio.

Así parecía deducirse también de la redacción original de la Directiva matriz-filial cuyo artículo 4 enunciaba la obligación de eliminar la doble imposición económica por el Estado de residencia en los siguientes términos:

"1. Cuando una sociedad matriz reciba, en calidad de socio de su sociedad filial, beneficios distribuidos por

*motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado de la sociedad matriz..."*⁷⁴

Esta interpretación se vio necesariamente afectada, a partir del 1 de enero de 2005, por la entrada en vigor de la Directiva 2003/123 de modificación de la Directiva matriz-filial, cuyo nuevo artículo 4 sustituyó los términos "en calidad de socio de su sociedad filial" por los todavía vigentes: "por la participación de aquélla en una sociedad filial".

Estos términos son mucho más amplios y, aunque han seguido refiriéndose a una sociedad filial, parecen acoger expresamente la posibilidad de aplicar la exención a rentas percibidas de una participación en una entidad, pero por una razón distinta a la de ser socio⁷⁵.

A pesar de lo anterior, lo cierto es que ni la LIS de 1995 ni el TRLIS especificaron nunca el título legal que debía

⁷⁴ La doctrina internacional se mostró, en general, poco unánime al analizar este requisito, y en particular, si de verdad su redacción implicaba la exclusión de la exención de las cantidades percibidas por un socio de su filial por otros conceptos. Así, DE HOSSON tras examinar las razones por las que el artículo 4 de la versión francesa de la Directiva exigía que los dividendos se recibieran a título de socio mientras el artículo 4 de la versión inglesa sólo exigía "asociación con la filial", y el artículo 5 de la Directiva (exención en las distribuciones) no mencionaba nada, lo achacaba a la especial pulcritud de la redacción francesa, concluyendo que tal expresión no tenía un significado real, (cfr. DE HOSSON, F.C., *The parent-subsidiary Directive*. Intertax, n° 10, 1990, pág. 432). Por su parte, VANISTENDAEL no se pronunciaba expresamente, aunque al analizar los problemas derivados de la división de los derechos sobre las acciones, tanto a nivel de la matriz receptora de los beneficios (artículo 4), como de la distribución de los mismos (artículo 5), concluía que, si el Estado de residencia de la matriz reconocía las posibles particiones del derecho de propiedad, entonces debería permitir al receptor de los dividendos la aplicación de las deducciones por doble imposición (cfr. VANISTENDAEL, F., *The implementation of the Parent/Subsidiary Directive in the EC - Comments on some unresolved questions*, Tax Notes International, Vol. 5, 1992, n° 12, págs. 606 y 607).

⁷⁵ Debemos recordar que las Directivas son normas de mínimos, por lo que en puridad sería admisible cualquier regulación que fuera más lejos y que incluso concediera la exención a rentas percibidas por no socios que hubieran soportado doble imposición económica, por ejemplo, por ajustes de precios de transferencia o de normas de subcapitalización, cuestiones sobre las que volveremos más adelante en mayor profundidad.

tenerse sobre la participación para beneficiarse de la exención ni, por supuesto, introdujeron diferencia alguna en esta cuestión a efectos de dividendos de fuente europea.

Esta cuestión fue abordada, específicamente, por algunos autores, entre los que destacaríamos a SANZ GADEA, quien, incluso después de la aprobación de la Directiva 2003/123 antes mencionada, abogaba por que esta renta derivase de la cualidad de socio y pudiese calificarse mercantilmente como "dividendo o participación en beneficios", obviando que la normativa mercantil no ofrecía definición alguna de "dividendo o participación en beneficios" y que la modificación de la Directiva que se había apartado expresamente de la exigencia de una condición de socio debía ser de obligado cumplimiento, cuando menos para los dividendos de fuente extranjera⁷⁶.

En sentido contrario, GONZALO PECES señalaba que "no parece claro [...] que sea necesaria la condición de socio para tener «un derecho a participar en los beneficios»"⁷⁷, pudiendo caer bajo este concepto tanto remuneraciones percibidas siendo socio de una sociedad, como en ausencia de esta condición, incluyendo el caso de distribuciones de prima de emisión, reducciones de capital con devolución de aportaciones⁷⁸, dividendos presuntos derivados de operaciones vinculadas o

⁷⁶ Cfr. SANZ GADEA, E., *Impuesto sobre Sociedades... op. cit.*, 2004, pág. 1347.

⁷⁷ Cfr. GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar... op. cit.*, pág. 605.

⁷⁸ Si bien el término "reducción de capital" puede aplicarse a diversas finalidades, como la devolución de aportaciones, la condonación de dividendos pasivos, la constitución o incremento de la reserva legal y el restablecimiento del equilibrio patrimonial, tan sólo la primera de ellas puede ser utilizada como medio de distribución de reservas al socio, y, por tanto, solo en esta modalidad podría producirse doble imposición económica. En consecuencia, cualquier referencia en esta obra a la reducción de capital, deberá entenderse realizada a la modalidad con devolución de aportaciones.

rentas recalificadas como dividendos o procedentes de instrumentos financieros híbridos.

Esta era la situación que el legislador se encontró al diseñar el esquema de la exención por doble imposición económica en la nueva Ley 27/2014, y que trató de resolver, introduciendo en el apartado 2 del artículo 21 de la LIS una definición del concepto de dividendos o participaciones en beneficios que, como veremos, abarca situaciones en las que no es necesario tener la condición de socio, si bien de forma limitada sin contemplar, eso sí, ninguna otra renta análoga.

En los próximos epígrafes abordaremos el análisis del artículo 21.2, los "dividendos o participaciones en beneficios *ex lege*", para posteriormente estudiar si el concepto de participaciones en beneficios podría incluir otras rentas de fuente extranjera distintas a las expresamente mencionadas por la Ley.

2.2. Los dividendos o participaciones en beneficios *ex lege*

La redacción del apartado 2 del artículo 21 es la siguiente:

"1.º Tendrán la consideración de dividendos o participaciones en beneficios, los derivados de los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable.

2.º Tendrán la consideración de dividendos o participaciones en beneficios exentos las retribuciones correspondientes a préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de

sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, salvo que generen un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.

3.º La exención prevista en el apartado 1 de este artículo no resultará de aplicación en relación con los dividendos o participaciones en beneficios recibidos cuyo importe deba ser objeto de entrega a otra entidad con ocasión de un contrato que verse sobre los valores de los que aquellos proceden, registrando un gasto al efecto.

La entidad receptora de dicho importe en virtud del referido contrato podrá aplicar la exención prevista en el referido apartado 1 en la medida en que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que conserve el registro contable de dichos valores.
- b) Que pruebe que el dividendo ha sido percibido por la otra entidad contratante o una entidad perteneciente al mismo grupo de sociedades de cualquiera de las dos entidades, en los términos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio.
- c) Que se cumplan las condiciones establecidas en el apartado anterior para la aplicación de la exención."

Como puede apreciarse, el concepto de "dividendos o participaciones en beneficios" susceptibles de beneficiarse de la exención se aparta de la tradición de la LIS de 1995 y del TRLIS, para incluir expresamente una regla general, relativa a las rentas procedentes de la participación en el capital o en los fondos propios (los dividendos *per se*, pero no únicamente estos, como veremos) y dos casos particulares,

las rentas percibidas como consecuencia de operaciones de préstamos de valores y de préstamos participativos concedidos por otra entidad del mismo grupo de sociedades del artículo 42 del Código de Comercio ("Cco") (participaciones en beneficios en sí mismas). Pasamos, pues, a analizar cada una de estas rentas.

2.2.1. Las rentas derivadas de valores representativos del capital o los fondos propios de entidades

Esta primera definición se establece como corolario natural del artículo 15 a) de la LIS que considera gasto no deducible los que representen una retribución de los fondos propios, y en particular:

"... la correspondiente a los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable."

Esto es, si un pago no es deducible en la entidad pagadora, por constituir una remuneración de los fondos propios, lo lógico es que la renta obtenida por su perceptor sea también considerada como procedente de los fondos propios del pagador y, para evitar la doble imposición económica resultante de su inclusión en el resultado contable y en la base imponible, pueda tener acceso a la exención a través del correspondiente ajuste negativo en la base imponible de su perceptor, si cumple todos los requisitos para ello.

Nótese que la norma exige, en principio, que se participe en una "entidad". Dado que el artículo 7.3 de la LIS equipara los términos contribuyentes, sociedades y entidades, ello da pie a considerar que caerían bajo el artículo 21.2 a) también

las rentas derivadas de participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva⁷⁹, incluidas aquellas sin forma societaria como los fondos de inversión, a pesar de que los mismos no tengan un capital social en sentido estricto.

Evidentemente, bajo esta definición caen tanto los dividendos ordinarios del artículo 275 del TRLSC⁸⁰, como los dividendos a cuenta del artículo 277 del TRLSC⁸¹, pero también alguna otra renta que no es considerada estrictamente dividendos bajo la normativa mercantil y sobre la que existió cierta polémica bajo el TRLIS⁸², como las primas de asistencia

⁷⁹ En este mismo sentido, cfr. LUCAS DURÁN, M., *Los dividendos e intereses...* (2019), *op. cit.*, pág. 759

⁸⁰ En opinión de LÓPEZ POMBO, que compartimos plenamente, el concepto de dividendo a efectos de la exención debe incluir aquél que no solo se distribuye con cargo a beneficios pasados, sino también con cargo a beneficios futuros, como ocurre cuando se distribuyen reservas que se han beneficiado de un régimen de diferimiento en el IS de la filial (por ejemplo, por beneficiarse de un régimen de reestructuraciones empresariales en la UE similar al existente en los artículos 76 y ss. de la LIS). Cfr. LÓPEZ POMBO, D., *Corrección de la Doble Imposición Interna e Internacional*, en VV.AA. "Imposición sobre el beneficio empresarial: evolución reciente, perspectivas de futuro", Fundación Impuestos y Competitividad, 1ª ed. 2019, pág. 406.

⁸¹ Aunque la norma no hace ninguna referencia expresa a los dividendos a cuenta, la DGT ha aceptado, correctamente, que la exención se aplica también a los mismos (por ejemplo, en la consulta V-1469/18, de 30 de mayo).

⁸² En relación con las primas de asistencia a juntas bajo el TRLIS era destacable la posición de GARCÍA-ROZADO. En principio, en opinión de esta autora, "... el socio de una entidad puede recibir rentas de diversa índole, como pueden ser primas de asistencia a juntas, o rentas de diversa índole que se excedan del derecho a la participación en los resultados de la entidad. Sólo aquellas rentas que se califiquen como dividendo tiene derecho a la exención, mientras que las demás rentas que obtenga el socio no tendrán derecho a la aplicación de ninguna medida para evitar la doble imposición...", lo que podía interpretarse como que estas rentas no eran dividendos a efectos de la exención pura del artículo 21 del TRLIS. Cfr. GARCÍA-ROZADO, B., "Eliminación de la doble imposición..." *op. cit.*, págs. 472-473. Sin embargo, en esta misma obra, y en concreto en sus páginas 561 y 562, relativas a la deducción por doble imposición interna del artículo 28 del TRLIS, la autora mantiene una posición contraria al señalar que: "No tendrán derecho a esta deducción, según esta interpretación, aquellas rentas percibidas por los socios, aun cuando lo sean por tal condición, que no provengan de la aplicación de resultados, como ocurre con la prima de asistencia a Juntas, lo que genera para las mismas un claro supuesto de doble imposición. Esta interpretación quizá resulta un tanto restrictiva (...). Parece que debería tener cabida en la deducción cualquier participación en los beneficios que se acuerde a favor de los socios por tal condición, como son las primas de asistencia a Juntas y remuneraciones análogas o las

a juntas⁸³. Aunque todavía sigue sin haber un pronunciamiento expreso de la DGT sobre estas rentas, sí existe una pregunta, la número 134527, del programa Informa de la Agencia Estatal de Administración Tributaria ("AEAT") que aborda la (no) deducibilidad del pago de estas primas para la entidad pagadora:

"El artículo 15 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, establece que no tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles los que representen una retribución de los fondos propios. Puesto que la retribución satisfecha a los socios por su asistencia a las juntas generales extraordinarias proceden de su condición de socios, es decir por la participación en los fondos propios de la entidad que satisface dichas primas, éstas no serán deducibles para la misma, ya que se trata de una retribución de los fondos propios."

Por tanto, si bien no constituye un dividendo en sentido mercantil estricto, la prima de asistencia a juntas debe considerarse como incluida en el concepto de participaciones

retribuciones de bonos de disfrute, en la medida en que no constituyen una contraprestación de servicios prestados". Coincidimos más con este segundo pronunciamiento ya que al fin y al cabo la prima de asistencia a juntas es una renta del socio que viene a anticiparle parte de los beneficios del propio ejercicio en que se paga. Sin embargo, no fue esta la posición de la DGT, que en su consulta V2254-05, de 7 de noviembre, negó su posible consideración como dividendo o participación en beneficios dado que "éstos derivan de un acuerdo de aplicación de resultados adoptado por la junta general de accionistas, condición que no es predicable de las cantidades percibidas por asistir a cada junta". En nuestra opinión, esta respuesta podía tener sentido en un contexto como el de 2005, en una época en la que el TRLIS no definía el concepto de "dividendos o participaciones en beneficios" y había de recurrirse a la normativa mercantil. Sin embargo, en la actualidad el contexto ha cambiado sustancialmente y la norma no exige que las rentas deriven de un acuerdo de la junta general de accionistas, por lo que el criterio de dicha consulta no debería ser trasladable al actual artículo 21.2 de la LIS.

⁸³ En sentido similar, cfr. LUCAS DURÁN, M., *Los dividendos e intereses ... (2019), op. cit.,* pág. 758.

en beneficios del artículo 21.2 a) de la LIS dada su conexión con la retribución de los fondos propios⁸⁴.

Otro supuesto que también debería entenderse incluido aquí, a pesar de que no existe una distribución de beneficios en sentido estricto es el de la condonación de créditos vigentes entre sociedades del mismo grupo de sociedades, con la finalidad, normalmente, de reforzar la situación patrimonial de las entidades beneficiarias de la condonación (empeorando, eso sí, la de las entidades condonantes).

Cuando la condonación tiene lugar entre una sociedad filial (condonante) y una entidad matriz (sociedad beneficiaria), la técnica contable de cancelación del pasivo en la entidad matriz da lugar al reconocimiento de un ingreso financiero por una distribución de resultados (en proporción a la participación efectivamente mantenida en la filial), en aquellos casos en los que la entidad participada disponía de reservas suficientes para, en lugar de condonar el crédito, haberlas distribuido y que el crédito se hubiera extinguido por compensación. Así lo reconoce, por ejemplo, el ICAC en la consulta 2 de su Boletín Oficial nº 96, de diciembre de 2013⁸⁵.

Este criterio ha sido expresamente aceptado por la DGT en su resolución V0133-17, de 23 de enero, en una situación en la que condonante y beneficiaria eran residentes fiscales en España, como equiparable a una renta obtenida por la

⁸⁴ De hecho, bajo la normativa del IRPF este tipo de rentas tradicionalmente han estado incluidas, no ya en el mismo apartado del precepto relativo a los rendimientos del capital mobiliario (actualmente el artículo 25.1 de la LIRPF), sino también en el mismo subapartado de los dividendos (actualmente, la letra a)), cuya redacción es "los dividendos, primas de asistencia a juntas y participaciones en los beneficios de cualquier tipo de entidad".

⁸⁵ Disponible en:
<http://www.icac.meh.es/Consultas/Boicac/ficha.aspx?hid=479>

participación en el capital o en los fondos propios de entidades, permitiendo la exención del artículo 21 de la LIS.

En consecuencia, esta situación debería ser trasladable también a aquellas situaciones en las que la entidad filial es no residente y la matriz, beneficiaria de la condonación, residente fiscal en España y, por tanto, obligada a registrar el ingreso financiero citado en virtud del tratamiento contable expresado por el ICAC, so pena de vulnerar las libertades de establecimiento o circulación de capitales del TFUE en caso de que la filial fuera residente en la Unión Europea. Se trata de otra cuestión que debería tener adecuado reflejo en la normativa del Impuesto sobre Sociedades.

Establecida ya la amplitud de esta primera definición legal, dos son las cuestiones que genera su redacción: si se debe exigir siempre la condición de socio en el perceptor de la renta y el significado concreto de la referencia a la "consideración contable".

2.2.1.1. La (no) necesidad de la condición de socio

Una primera interpretación de la dicción literal de la norma podría llevar a pensar que, si la renta debe proceder de una participación en el capital social o los fondos propios de una entidad, y dado que el artículo 91 del TRLSC señala que cada participación o acción confiere a su titular legítimo la condición de socio, el legislador está exigiendo que la renta se obtenga como consecuencia de la condición de socio de su perceptor.

Esta interpretación, sin embargo, olvida que exigir la condición de socio causaría un problema de doble imposición

en los supuestos de usufructo de acciones. Y es que, de acuerdo con el artículo 127 del TRLSA:

"1. En caso de usufructo de participaciones o de acciones la cualidad de socio reside en el nudo propietario, pero el usufructuario tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo. Salvo disposición contraria de los estatutos, el ejercicio de los demás derechos del socio corresponde al nudo propietario."

Como puede apreciarse, la propia norma mercantil introduce una disociación entre la condición de socio y la del perceptor del dividendo. Por tanto, como decimos, exigir la condición de socio para la aplicación de la exención implicaría que el usufructuario, que es quien percibe los dividendos, no podría aplicar la exención a los mismos.

Aunque este era el criterio de la DGT durante el TRLIS⁸⁶, y la normativa mercantil no ha variado, la DGT ha modificado su

⁸⁶ Diversas contestaciones a consultas de la Dirección General de Tributos como las de 27 de diciembre de 1996 y 10 de enero de 1997 (años en los que estaba vigente el antiguo artículo 67.1 del TRLSA, que tenía una redacción prácticamente idéntica al 127 del TRLSA a estos efectos) se pronunciaron acerca de esta cuestión en relación al artículo 28.2 de la LIS de 1995 considerando necesario tener la condición de socio para poder practicar la deducción del 100 por 100 regulada en ese precepto. Al negar la deducción al 100 por 100 y permitir tan sólo la deducción por el 50 por 100, se consagraba una situación de doble imposición por el 50 por 100 restante, y la norma fiscal actuaba como obstáculo para la constitución de usufructos sobre acciones. En relación con el tratamiento de los usufructos de acciones en este periodo (y en contra de la posición de la DGT) puede consultarse LLANSÓ, M., *Deducción para evitar la doble imposición interna: dividendos y participaciones en beneficios (Artículo 28 de la LIS)*. En VV.AA., "Comentarios al Impuesto sobre Sociedades", Vol. I., Cuatrecasas Abogados, Edit. Civitas, Madrid, 1998, págs. 1136 a 1138. También, cfr. MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO, quienes citan otra contestación de la Dirección General de Tributos de fecha 8 de junio de 1992, que adopta el mismo criterio antes citado, aunque en relación a las distribuciones por filiales españolas a matrices comunitarias. Cfr., *La exención en favor de los beneficios distribuidos por sociedades filiales españolas a sus matrices residentes en otro Estado de la Unión Europea*. En VV.AA. "Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes", Edit. Civitas, Madrid, 1999, pág. 208.

posición bajo la Ley 27/2014, reconociendo al usufructuario (que, insistimos, no es socio de la entidad) la posibilidad de aplicar la exención a las rentas percibidas⁸⁷, siempre y cuando se cumplan todos los demás requisitos de la norma⁸⁸. Es el caso, por ejemplo, de la resolución de 12 de mayo de 2016, con número V2043-16⁸⁹, que señala expresamente que:

"En el presente caso, aun cuando la cualidad de socio reside en el nudo propietario, es el usufructuario quien ostenta el derecho a la percepción de los dividendos acordados durante la vigencia del usufructo (artículo 127 del texto de Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), de tal modo que podría atribuirsele la condición de "socio económico" de la entidad que generó el beneficio a distribuir. No tendría sentido que el desmembramiento del dominio en el título que genera el derecho a la percepción de un dividendo conduzca a que éste soporte una doble tributación, primero en sede de la entidad que generó los beneficios de los que aquel procede y, posteriormente, al negar tanto al nudo propietario como

⁸⁷ En un sentido similar y con una argumentación económica muy coherente en relación con la constitución tanto de los usufructos lucrativos como de los onerosos, cfr. SIMÓN YARZA, M.E., *La exención de dividendos... op. cit.*, 2015, Capítulo 3, Sección 1.4.

⁸⁸ Como es lógico, el usufructuario deberá cumplir con todos los requisitos del artículo 21, incluida la existencia de una participación mínima, el plazo de posesión de un año y la tributación comparable de la entidad participada. Respecto a los requisitos de participación mínima, aunque la consulta no lo establece de forma precisa, entendemos que podrá cumplirse tanto en el usufructuario (cuando su usufructo otorgue el derecho a percibir los frutos de una participación mínima del 5 por ciento) como en el nudo propietario (cuando el requisito se cumpla como consecuencia del valor de adquisición mínimo de 20 millones de euros y el dividendo se satisfaga durante los años 2021 a 2025 por participaciones adquiridas antes de 2021). Por su parte, el requisito del plazo mínimo de posesión genera más dudas, ya que podría interpretarse que el nacimiento del usufructo es equivalente a la transmisión de los títulos a un contribuyente distinto, y por tanto computar únicamente el plazo en el usufructuario. Esta cuestión debería resolverse expresamente en la normativa del IS.

⁸⁹ En igual sentido, las consultas V3419-16 y V3533-16, de 19 y 27 de julio de 2016, respectivamente.

al usufructuario el derecho a corregir la doble imposición.

Por tanto, ha de concluirse que el usufructuario podrá aplicar la exención para evitar la doble imposición sobre los dividendos percibidos..”

En el fondo, es el mismo criterio de la titularidad económica que, como veremos en el epígrafe 2.2.3., se ha utilizado por el legislador para extender el concepto de dividendos a los pagos realizados por el prestatario al prestamista bajo un contrato de préstamo de valores, pero con una novedad importante: los usufructos de acciones no han sido incorporados expresamente en la definición del artículo 21.2 de la LIS, quizá porque resultase evidente para el propio legislador que aunque no se tratase de una renta obtenida por un socio, sí era una renta derivada de la participación en el capital o los fondos propios de una entidad.

En otras palabras, el concepto de “dividendos o participaciones en beneficios” del artículo 21.2 a) de la LIS debe interpretarse de forma más flexible, incluyendo tanto los pagos obtenidos por un socio como los que reciba otra persona, cuando el mismo proceda de los beneficios del ejercicio o reservas de libre disposición. Es esta una interpretación de la DGT que viene a evitar supuestos de doble imposición económica y que nos parece acertada. Con todo, sería deseable que, aunque tampoco podemos dejar de recomendar que la misma se incluya expresamente en la redacción legal y que, asimismo, como veremos en los epígrafes 2.2.2. y 2.2.3. más adelante, se ve reforzada por la inclusión en el apartado 2 de los rendimientos de préstamos participativos y los dividendos manufacturados, supuestos en los que el legislador ha extendido el concepto

de dividendo o participaciones en beneficios a rentas en las que el sujeto pasivo no ostenta la condición de socio.

2.2.1.2. La disociación de la naturaleza jurídica y contable de los dividendos

La LIS incorpora una novedad significativa al separarse expresamente de la calificación contable (tanto en el artículo 15 de la LIS como en el 21 que ahora analizamos), de forma que la calificación fiscal ya no debería verse influida por el cumplimiento o no de la contable, sino que dependerá de si la participación en cuestión deriva "de valores representativos del capital o los fondos propios de entidades". Como destaca SANZ GADEA⁹⁰, el legislador de la Ley 27/2014 ha preferido la forma de la normativa mercantil societaria antes que la sustancia de la normativa mercantil contable en un intento por mantener la correlación ya apuntada entre la tributación del socio y la de la sociedad, al menos en el ámbito español.

El principal efecto de esta preferencia por la normativa mercantil societaria fue, como señalaba el propio SANZ GADEA⁹¹ la posible aplicación de la exención a las acciones y participaciones sin voto y acciones rescatables, a las que el PGC de 2007, en su Norma de Registro y Valoración 9^a, apartado 3, calificaba no como instrumentos de patrimonio sino como pasivos financieros, de suerte que ordinariamente su remuneración no podrá tener la calificación contable de dividendo sino de gasto e ingreso financiero, en el pagador

⁹⁰ Cfr. SANZ GADEA, E., *El resultado financiero...(I)*, op. cit., pág. 21.

⁹¹ *Ibidem*, pág. 21. También en esta línea DE FRUTOS RAMÍREZ, G., *Base Imponible. Exenciones doble imposición*. En VV.AA. "Guía del Impuesto sobre Sociedades. Adaptada a la Reforma fiscal 2015", 3^a ed., CISS, Valencia, 2015, pág. 433.

y perceptor, respectivamente⁹². En este escenario, si la LIS no incluyera la regla de disociación de la calificación contable tanto en el artículo 15 como en el 21, las rentas de las acciones sin voto o acciones rescatables no podrían haber quedado exentas, a pesar de representar una participación en el capital de otra entidad.

Una cuestión que surge de esta disociación entre la norma contable y la mercantil societaria es si la misma es absoluta o relativa. Esto es, si siempre hay que prescindir del análisis contable para centrarse en el análisis mercantil societario de la participación, o existen casos en los que el análisis contable sea complementario del jurídico y pueda determinar que una concreta renta constituya un dividendo o participación en beneficios.

La redacción legal parece clara en su concepción absoluta al ceñir la definición de dividendos a la existencia de una participación en el capital o los fondos propios. Sin embargo, la DGT parece haber adoptado un criterio relativo en diversas consultas y, en particular, las V3717-15, de 25 de noviembre y V2469-20 de 20 de julio. Estas consultas abordan el tratamiento fiscal de las cantidades percibidas, en forma dineraria o en especie, procedentes de un "*scrip dividend*". Como es sabido, a través de este mecanismo los

⁹² En la actualidad, su calificación contable se ha visto modificada, como consecuencia de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas ("ICAC"), por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital (BOE de 11/03/2019), cuyo artículo 13 las califica de "instrumento financiero compuesto", una suerte de instrumentos híbridos a efectos contables, cuyo valor inicial en libros debe distribuirse entre los pasivos financieros y los instrumentos de patrimonio. Sin embargo, este cambio de calificación contable no supone ninguna modificación a efectos fiscales dada la disociación entre la norma mercantil contable y societaria impuesta por este artículo 21.2 de la LIS.

partícipes en una entidad pueden recibir tanto acciones liberadas de la entidad consultante como efectivo o, incluso, una combinación de ambas fórmulas.

Ambas consultas son sustancialmente idénticas en su enfoque y resolución, si bien abordan casos algo distintos. En la consulta de 2015 se daba una circunstancia importante: los perceptores de estas rentas eran cooperativas de crédito sometidas a supervisión del Banco de España y que tenían contabilizadas sus participaciones como "activos financieros disponibles para la venta", de forma que los cambios en su valoración se registraban directamente contra el patrimonio neto y no contra la cuenta de pérdidas y ganancias.

La DGT tras analizar el estatus jurídico propio de estas instituciones y la contestación que al tratamiento contable había dado el Banco de España previamente, concluye que:

"De acuerdo con lo anterior, el tratamiento fiscal en el Impuesto sobre Sociedades de las operaciones planteadas en el escrito de la consulta será el correspondiente a beneficios distribuidos a los accionistas, con independencia de la forma establecida por la entidad pagadora, teniendo en cuenta cuál es el tratamiento contable de la operación establecido por el Banco de España.

Por tanto, el registro contable del ingreso tendrá la consideración de dividendo. Esta calificación permitirá aplicar, en su caso, la exención para evitar la doble imposición sobre dividendos y rentas derivadas (...) en los términos establecidos en el artículo 21 de la LIS..."

En la segunda consulta, de 2020, la entidad emisora del *scrip dividend* era una entidad cotizada, con un tratamiento

contable específico en virtud de la citada Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 en cuanto a la calificación de sus instrumentos de patrimonio. En consecuencia, la DGT adoptó el mismo enfoque y siguiendo el tratamiento contable concluyó que la renta generada, en su caso, podía tener la calificación de dividendos a efectos del artículo 21 de la LIS.

Otra consulta que prescinde del enfoque mercantil societario del apartado 1º del artículo 21.2, es la de 11 de noviembre de 2015, con número V3435-15. En la misma se aborda, una aportación no dineraria que una Fundación Bancaria (A) realiza a una filial (C), aportación que se había beneficiado de la aplicación del denominado régimen de "neutralidad fiscal" para las reorganizaciones empresariales (esto es, del "régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea", actualmente regulado en el Capítulo VII del Título VI de la LIS 2014).

La aportación había consistido en la participación en una tercera entidad (B) y en la misma se había producido la circunstancia de que C había dotado una reserva únicamente a efectos contables para reflejar la revalorización contable de los títulos recibidos de B como consecuencia de su registro a valores consolidados, superior al valor de los títulos a efectos fiscales.

La consulta planteaba varias cuestiones interesantes. En la primera se aborda un supuesto en la que la renta en cuestión no era una renta efectivamente percibida al nivel de la entidad C, sino de una "renta ficticia". Su imputación

derivaba de la diferencia entre el valor que la participación en B tenía en los libros de A previamente a la aportación a C y el valor que debía tener al registrarla a valores consolidados. Se trata, simplemente, de una apreciación de valor que se debe corresponder con una expectativa de beneficios futuros aun no realizada, y que como tal no había tributado todavía, por lo que no podía entenderse que hubiera surgido doble imposición económica efectiva (con independencia de que podría surgir en el futuro). La segunda cuestión se refiere a un supuesto donde la renta distribuida no se había visto gravada al nivel de C, dado que toda la operación se había visto beneficiada de la aplicación del régimen de neutralidad fiscal del Capítulo VI del Título VII de la LIS.

En la consulta, la DGT se pronuncia en los siguientes términos:

"En la medida en que se cumplan todos los requisitos exigidos en el artículo 21 de la LIS, la fundación bancaria A podrá aplicar lo dispuesto en el mismo respecto de los dividendos que C le distribuya con cargo a la reserva contable que recoge la revalorización contable de las acciones de B en la operación de aportación no dineraria referida en el escrito de consulta, en la cual, por resultar, en su caso, de aplicación a efectos fiscales el régimen especial regulado en el capítulo VIII del título VII de la LIS 2004, la generación de dicha reserva contable no se ha sometido a tributación por el Impuesto sobre Sociedades habiéndose diferido su tributación."

Como puede apreciarse, en todas estas consultas la DGT adopta un enfoque relativo de la disociación entre contabilidad y norma mercantil societaria y no se preocupa en exceso de si

la renta que se distribuye se percibe por la participación en el capital o en los fondos propios, bastándole con el análisis contable, al que de por sí parece considerar como complementario del análisis societario. Al proceder así, la DGT crea la duda acerca de si siempre debe analizarse el tratamiento contable y el contenido concreto de la referencia al enfoque societario del artículo 21.1 a) de la LIS, que parece haber quedado solo para las acciones rescatables o sin voto.

2.2.2. Las rentas de préstamos participativos

La segunda definición de "dividendos o participaciones en beneficios" se encuentra en el apartado 2º del artículo 21.2 de la LIS, y hace referencia a las rentas procedentes de "contratos de préstamos participativos", esto es, intereses cuyo importe se fija en función de determinados parámetros vinculados a los beneficios del prestatario.

Esta institución tiene un sustrato mercantil bien diferenciado: un contrato de préstamo en el que las partes, en aplicación del principio de autonomía de la voluntad, han optado por un sistema de remuneración del principal basado en unas variables vinculadas a los beneficios, pero de cuantía indeterminada en el momento de la constitución del negocio. La consecuencia de esa autonomía de la voluntad es un cambio de la naturaleza jurídica de la remuneración pactada, que, si bien en principio debería ser de "interés", al vincularse a la existencia de beneficios implica que el prestamista asume un determinado riesgo y se involucra en la marcha general de la empresa, recibiendo un carácter más cercano a la inversión en los fondos propios. Precisamente por ello, en algunos ordenamientos extranjeros los rendimientos de estos préstamos se han considerado como dividendos y se han utilizado como

instrumento híbrido, tratando de beneficiarse de la deducción de los intereses en su pagador, pero dejando exenta la renta en su perceptor. Sobre estos instrumentos volveremos más adelante en el Capítulo III.

Los Comentarios de la OCDE al artículo 10 MCOCDE, relativo a los dividendos, también se han ocupado de este tipo de rentas, y debido a su posible uso para estructuras de subcapitalización, lo han hecho de forma muy similar a la ya expuesta para estos casos. Según el párrafo 25 (no modificado desde su introducción tras el Informe de subcapitalización de 1986), el concepto de dividendos incluye también:

"los intereses de préstamos en la medida en que el prestamista comparte efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad, es decir, cuando el reembolso depende en una gran medida del éxito o no de la empresa".

El mencionado párrafo continúa más adelante, citando (con carácter abierto) cinco casos en los que se entiende que el prestamista comparte los riesgos de la empresa:

- la cuantía del préstamo excede con mucho la del resto del capital del prestatario (o se contrató para sustituir una importante parte del capital que se perdió) y no está respaldada por activos entregables como garantía;
- el prestamista participa en los beneficios del prestatario;
- la devolución del préstamo se subordina con respecto a otros créditos o al pago de dividendos;
- la cuantía o el pago del interés depende de los beneficios del prestatario; o

- el préstamo no contiene estipulación alguna sobre su devolución en un plazo determinado.

Asimismo, el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 11 MCOCDE, dice así:

"Normalmente, los intereses procedentes de obligaciones con derecho a participar en los beneficios, no deberán considerarse como dividendos (...). Sin embargo, los intereses de tales obligaciones deben considerarse como dividendos si los fondos prestados comparten efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad prestataria."

En nuestro país estos préstamos han venido siendo objeto de diferente tratamiento por el legislador tributario y mercantil a lo largo de los años⁹³. Su primera aparición en el ordenamiento tributario español tuvo lugar bajo el artículo 11.2 c) del Real Decreto-Ley 8/1983 de 30 de noviembre, que determinó que los préstamos participativos tenían naturaleza de fondos propios, si bien sus intereses serían deducibles a efectos del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, estos préstamos tuvieron una vida corta, aunque

⁹³ Sobre el tratamiento jurídico-fiscal de estos préstamos en el periodo de referencia puede consultarse RODRÍGUEZ SANTOS, J. y NADAL JIMÉNEZ, B., *Los préstamos participativos (Análisis del artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, Crónica Tributaria, n° 82-83, 1997, págs. 261 y ss.; y especialmente NAVARRO FAURE, A., El régimen jurídico-tributario de los préstamos participativos, En VV.AA. "Presente y futuro de la imposición directa en España". AEDAF, Edit. Lex Nova, Valladolid, 1997, págs. 579 y ss., y FERNÁNDEZ, M.L., Híbridos financieros: préstamos participativos. Especial referencia a su problemática fiscal en el ámbito internacional. Impuestos, n° 1, 2000, págs. 1483 a 1495. En cuanto a su régimen en Derecho Mercantil, pueden consultarse varias obras, pero especialmente, BROSETA PONT, M., Régimen de los préstamos participativos (el artículo 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de Reversión y Reindustrialización). Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n° 14, 1984, págs. 247 y ss.; y GARCÍA VILLAVARDE, C., Créditos participativos. En VV.AA. "Contratos Bancarios", Edit. Civitas, Madrid, 1992, págs. 189 y ss.*

su regulación fue heredada, posteriormente, por el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio:

"Uno. Se considerarán préstamos participativos aquellos que tengan las siguientes características:

- a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la entidad prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.*
- b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.*
- c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.*
- d) Los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil.*

Dos. Los intereses devengados tanto fijos como variables de un préstamo participativo se considerarán partida deducible a efectos de la base imponible del Impuesto de (sic) Sociedades del prestatario."

La redacción del apartado d) llevó a algunos autores a considerar que las rentas de estos préstamos debían considerarse de naturaleza jurídico-tributaria similar a los

dividendos⁹⁴, lo que creaba algunos problemas a la hora de cuantificar, por ejemplo, la ratio de endeudamiento neto a efectos de subcapitalización (artículo 20 de la LIS de 1995 y del TRLIS) o la corrección de la inflación de las plusvalías (artículo 15.11 tanto de la LIS de 1995 como del TRLIS⁹⁵).

Finalmente, la Disposición Adicional 2ª de la Ley 10/1996 aclaró la redacción del apartado d), al que dio la siguiente redacción:

*"d) los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil."*⁹⁶

Desde entonces, la postura de la Administración fue constante al considerar las rentas de estos préstamos como intereses y no como dividendos, incluido a efectos de las entonces vigentes deducciones por doble imposición internacional⁹⁷. Y es que, en la interpretación de la DGT, la retribución de un préstamo participativo no debía considerarse como una "participación en beneficios", ya que, en condiciones normales, lo que se remuneraba no era la participación en los fondos propios de una entidad sino la cesión a un tercero de

⁹⁴ Cfr. ERNST & YOUNG, *Análisis de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades y de su Reglamento*. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 1038.

⁹⁵ Cfr. NAVARRO FAURE, A., *El régimen...*, op. cit., págs. 589-591.

⁹⁶ La modificación se realizó en el Congreso a través de la enmienda nº 17 del Grupo Popular, cuya justificación era "reforzar la solvencia de la entidad en relación a las causas de reducción de capital y de liquidación". Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 26 de septiembre de 1996, Serie A, nº 6-4, pág. 19.

⁹⁷ Es el caso, por ejemplo, de las consultas 1149-98, de 23 de junio, 0321-01, de 16 de febrero y 0555-04, de 8 de marzo (esta última con respecto a la consideración de intereses de las cantidades pagadas a un no residente).

capitales propios realizada a través de un contrato de préstamo atípico.

Sin embargo, no era ésta la calificación que estos rendimientos recibían en otros países, donde, como señalábamos antes, sus rentas podían quedar exentas por considerarse como un dividendo susceptible de beneficiarse de una exención por doble imposición.

Esta naturaleza híbrida, y en particular, la necesidad de implementar los mecanismos de "simetría tributaria" requeridos por la Acción 2 del Proyecto "Base Erosion and Profit Shifting" ("BEPS") de la OCDE, y la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014, llevó al legislador español a modificar su posición anterior e introducir con efectos a partir del 20 de junio de 2014⁹⁸ una limitación a la deducibilidad de los intereses de los préstamos participativos intragrupo (únicos en los que el legislador parece encontrar un componente híbrido de distribución de beneficios) en el artículo 15 a) de la nueva LIS y, por tanto, simétricamente, la exención de las rentas en el perceptor residente fiscal en España.

La redacción de esta segunda definición de "dividendos o participaciones en beneficios" dice así:

"2°. Tendrán la consideración de dividendos o participaciones en beneficios exentos las retribuciones correspondientes a préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas

⁹⁸ Cfr. Disposición transitoria decimoséptima de la LIS 2014.

anuales consolidadas, salvo que generen un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.”

Esta definición presenta diversas cuestiones que merecen comentario.

En primer lugar, la exención (y la limitación a la deducibilidad del artículo 15 a) se refiere solo a las rentas recibidas (o pagadas, en el caso de la deducción) de otra sociedad del mismo grupo de sociedades del artículo 42 del Cco. Como puede verse, como avanzábamos en el epígrafe 2.2.1.1., pueden beneficiarse de la misma no solo los socios, sino también cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades del artículo 42 del Cco que obtenga estas rentas. Tenemos aquí, pues, otro supuesto en que no es necesario ostentar la condición de socio para poder beneficiarse de la exención, como no puede ser de otra forma si se quiere eliminar la doble imposición económica que surgiría como consecuencia de la no deducibilidad del gasto en un préstamo participativo concedido por otra sociedad del grupo.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, se concede la exención directamente a estas rentas (*“tendrán la consideración de dividendos o participaciones en beneficios exentos...”*), sin necesidad de cumplir con el resto de requisitos del apartado 1 a) de este artículo⁹⁹ y en particular el requisito de participación mínima. Ello es lógico, ya que, como señalábamos, la razón de la exención de estas rentas es, precisamente, que el artículo 15 a) de la LIS las considera gasto no deducible en el pagador en ciertas

⁹⁹ Así parece sugerirlo, GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, B., *Medidas unilaterales españolas para evitar la doble imposición internacional*. En VV.AA. *Manual de fiscalidad internacional*. 4ª ed., IEF, Madrid, 2016, pág. 181. En contra, cfr. DE FRUTOS RAMÍREZ, G. *Base Imponible... op. cit.*, pág. 432.

condiciones, pero siempre sin relación alguna con una participación concreta. De esta forma, se introduce simetría en el sistema tributario español¹⁰⁰.

Si el legislador no hubiera incluido el término "exentos" en la definición, podría haberse llegado a la conclusión de que estas rentas podían ser dividendos o participaciones en beneficios, pero que para que pudieran estar exentas debía haberse cumplido también con el requisito de participación mínima del apartado a)¹⁰¹ a través de una participación adicional al propio préstamo. Esto habría llevado a situaciones de doble imposición cuando el gasto hubiera sido no deducible por el artículo 15 a) de la LIS, pero el ingreso se hubiera obtenido por una sociedad del grupo de sociedades del artículo 42 del Cco sin relación accionarial directa con la pagadora. No era esta la intención del legislador, que como decimos permite que estas participaciones en beneficios se obtengan por entidades no socias directas, pero miembros del mismo grupo de sociedades del artículo 42 del Cco.

En tercer lugar, la inclusión de estas rentas en el artículo 21.2 produce un ensanchamiento natural del concepto de dividendos. Desde un punto de vista jurídico, dado que el rendimiento típico de un préstamo participativo es un

¹⁰⁰ Como apunta, SANZ GADEA esta simetría se dará principalmente en el sistema tributario español, pero no así en el de otros países, los de residencia de las entidades prestamistas, que no concederán, normalmente, la exención respecto de los intereses de estos préstamos, creando una situación de doble imposición para la que los Convenios internacionales no ofrecen respuesta. Cfr. *El resultado financiero... (I)*, op. cit., pág. 25. No obstante, no debemos olvidar que, si los Estados en cuestión acogieran los criterios de la Acción 2 del Proyecto BEPS de la OCDE, la no deducibilidad en España de estos intereses debería verse neutralizada por la no tributación de las rentas obtenidas por los residentes en dichos Estados y si no fuera el caso, la entidad prestamista siempre podría prestar los fondos a través de un préstamo ordinario.

¹⁰¹ En este sentido parece pronunciarse DE FRUTOS RAMÍREZ cuando admite la posible existencia de doble imposición en caso de no contar con una participación mínima. Cfr. *Base Imponible... op. cit.*, pág. 432.

interés, resulta complicado considerar a estas rentas como dividendos, salvo que las incluyamos dentro de las "participaciones en beneficios", concepto que viene a cobrar una nueva vida bajo la Ley 27/2014 respecto al significado tradicional que había tenido en nuestro ordenamiento.

En este sentido, hay que reseñar que la exención se limita a los rendimientos percibidos de "préstamos participativos", sin definir qué es un préstamo participativo a estos efectos. Ello es, sin duda, porque el legislador está pensando en el Real Decreto-Ley 7/1996 y la Ley 10/1996, y en una situación interna, entre dos sociedades residentes en España. Sin embargo, se plantea la duda de si esta consideración de "dividendos o participaciones en beneficios exentos" podría predicarse también de otros instrumentos participativos extranjeros con cargo a los cuales percibiera rentas una entidad residente fiscal en España.

La cuestión de la aplicabilidad de las normativas extranjeras la abordaremos más adelante en el epígrafe 2.3.1. de este mismo Capítulo. No obstante, no podemos dejar de señalar que esta cuestión ha sido abordada por SANZ GADEA¹⁰², quien considera que:

"Todo préstamo que reúna las características mencionadas en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996 es participativo, aun cuando la entidad prestataria se halle constituida con arreglo a las leyes extranjeras. En efecto, limitar la calificación de préstamo participativo a los emitidos por entidades sujetas a las leyes españolas carece de sentido pues lo relevante son las características del instrumento financiero y no la

¹⁰² Cfr. *El resultado financiero... (I)*, op. cit., pág. 24.

ley por la que se rija su emisión o la constitución y funcionamiento de la entidad que lo emite.”

Se trata de una solución lógica, pero limitada. Lógica ya que, efectivamente, lo relevante debe ser examinar las características del instrumento extranjero para comprobar si reúne las características legales de los préstamos participativos españoles (y hacerlo, como comentaremos en el epígrafe 2.3.1., de acuerdo con la normativa mercantil española). Sin embargo, es limitada por cuanto no concreta el grado de comparabilidad a utilizar. Lo normal al analizar instituciones mercantiles extranjeras será que las mismas no revistan las mismas características de las instituciones españolas, o incluso que incluyan características más exigentes.

Como apunta CUESTA CABOT¹⁰³, ampliar la exención a los intereses de préstamos participativos concedidos a entidades no residentes es realmente una exigencia del Derecho de la Unión Europea en general y de la libertad de circulación de capitales en particular. A estos efectos, en nuestra opinión, debería bastar con que el préstamo extranjero cumpliera con los requisitos mínimos para ser considerado como un préstamo participativo a efectos españoles (es decir, que no sea perpetuo y prevea la posibilidad de recuperar el capital en una fecha cierta, estando subordinado al resto de los acreedores de la sociedad, etc.) y, por supuesto, de acuerdo con lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 21.1 b) sobre el que volveremos más adelante en el Capítulo III, que en el otro Estado su rendimiento no haya sido calificado como deducible en el prestatario.

¹⁰³ Cfr. CUESTA CABOT, G., *El nuevo sistema de la corrección de la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades*. Quincena Fiscal, nº 13, 2015, pág. 11.

Es éste un evidente defecto de la norma actual que debería ser corregido en el futuro y que ha sido resuelto sólo a través de pronunciamientos administrativos, como se aprecia en la resolución de la DGT de fecha 27 de enero de 2016, con número V0320-16, en la que se abordaba la consideración como dividendo exento de un préstamo participativo concedido a una entidad residente fiscal en los Emiratos Árabes Unidos. Si bien, según la descripción de la consulta, el préstamo participativo revestía unas características legales muy similares a las requeridas por el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, el mismo no parecía cumplir con una de ellas: la subordinación del préstamo al resto de los acreedores, lo que no fue obstáculo para que la DGT considerara estos rendimientos como dividendos exentos.

Esta consulta pone de manifiesto también otra carencia de la norma en lo relativo a los "dividendos participativos" recibidos de entidades no residentes: el cumplimiento del requisito de tributación comparable del apartado b), sobre el que ni la norma ni la resolución mencionada¹⁰⁴ precisan nada. En nuestra opinión, y en coherencia con el tratamiento del resto de las participaciones en beneficios de este precepto, la regla debe interpretarse como que exige el cumplimiento del apartado b) del artículo 21, esto es, que los prestatarios deberían haber estado sometidos a una tributación comparable, bien bajo la regla convencional, bien bajo la tributación mínima del 10 por ciento en los términos de la Ley que analizaremos en el próximo capítulo.

¹⁰⁴ Posiblemente sea porque existe un convenio de doble imposición en vigor con los Emiratos Árabes Unidos, si bien ello no debería haber obstado a que, como tantas otras veces, la DGT hubiera analizado el requisito para considerarlo cumplido.

Y, por último, como señala LÓPEZ POMBO¹⁰⁵, dado que el artículo 15.a) niega la deducibilidad tanto de la remuneración fija como la variable, ambos ingresos deberían quedar exentos bajo el artículo 21 de la LIS.

2.2.3. Los dividendos "manufacturados" en operaciones de préstamos de valores

El apartado c) del artículo 21.2 de la LIS dice así:

3.º La exención prevista en el apartado 1 de este artículo no resultará de aplicación en relación con los dividendos o participaciones en beneficios recibidos cuyo importe deba ser objeto de entrega a otra entidad con ocasión de un contrato que verse sobre los valores de los que aquellos proceden, registrando un gasto al efecto.

La entidad receptora de dicho importe en virtud del referido contrato podrá aplicar la exención prevista en el referido apartado 1 en la medida en que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que conserve el registro contable de dichos valores.*
- b) Que pruebe que el dividendo ha sido percibido por la otra entidad contratante o una entidad perteneciente al mismo grupo de sociedades de cualquiera de las dos entidades, en los términos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio.*
- c) Que se cumplan las condiciones establecidas en el apartado anterior para la aplicación de la exención."*

¹⁰⁵ Cfr. LÓPEZ POMBO, D., *Corrección de la Doble Imposición...* op. cit., pág. 410.

Al contrario que en los dos supuestos anteriores de dividendos o participaciones en beneficios, la definición de esta tercera renta se formula, inicialmente, de forma negativa. La norma niega la exención a los dividendos cuyo importe deba ser objeto de entrega a otra entidad.

Contra lo que pueda parecer inicialmente, no se trata de la incorporación al ordenamiento español del concepto de beneficiario efectivo de los convenios de doble imposición que, en general, siguen esta formulación de negar la aplicación de los tipos reducidos del convenio a los dividendos que deban remitirse bien legalmente, bien contractualmente a un tercero¹⁰⁶. Más bien, la norma se refiere a los dividendos recibidos "con ocasión de un contrato que verse sobre los valores", esto es a las operaciones comúnmente conocidas como "préstamos de valores", en las que un prestatario recibe determinados valores obligándose a devolver al prestamista valores de la misma clase y características en una fecha determinada, así como a satisfacer un interés durante el plazo del contrato.

¹⁰⁶ Ver, en este sentido, el párrafo 12 de los Comentarios al artículo 10. Aunque el concepto de "beneficiario efectivo" es un concepto íntimamente relacionado con los dividendos (y con los intereses y cánones) en el ámbito internacional, el mismo sería de aplicación a los pagos desde el Estado de la fuente. Dado que esta obra se centra en la aplicación de la exención en el Estado de residencia (España), su estudio caería fuera del ámbito de la misma. En relación con el mismo, recomendamos, en cualquier caso, la lectura de diversas obras de VEGA BORREGO, como *El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición*. Documentos de Trabajo, IEF, nº 8, 2005, págs. 3 y ss. y *El beneficiario efectivo y el Impuesto sobre Sociedades*, en VV.AA. "El impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007", Edit. Civitas, Madrid, 2006, págs. 983 y ss., así como el profundo estudio de MARTÍN JIMÉNEZ sobre el origen y evolución del concepto así como el tratamiento de mismo en los Tribunales Económico-Administrativos y en el Tribunal Supremo español. Cfr. *Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y «sentencias danesas» del TJUE: cómo integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica* (que no elimina el caso Colgate). Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, nº 452, noviembre 2020, págs. 75-124.

Cuando este tipo de operaciones tienen por objetivo la entrega de títulos a medio o largo plazo (normalmente operaciones de garantía) es común pactar que, en caso de que la entidad cuyos valores se han prestado satisfaga dividendos o devuelva cualquier cantidad a sus socios, y el prestatario perciba dichas cantidades en su condición de socio y tenedor de los títulos, deberá entregarlos al prestamista (que, por otra parte, seguiría teniendo registrados los valores entre las partidas de activo de su contabilidad). Son los comúnmente llamados "dividendos manufacturados", dividendos únicamente de nombre y que se corresponderían realmente con un derecho a participar en los beneficios que conserva el anterior tenedor de los títulos.

Hasta la entrada en vigor de la Ley 27/2014, el régimen fiscal de los préstamos de valores se hallaba regulado en la Disposición Adicional Decimoctava de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que consideraba que (i) el pago de los "dividendos manufacturados" del prestatario al prestamista era un rendimiento por la cesión a terceros de capitales propios gravable en sede de la persona jurídica receptora del mismo; y (ii) el prestatario podía deducir el pago al prestamista, y, en su caso, dada su condición de socio, aplicar las deducciones por doble imposición o exenciones respecto al dividendo percibido, si el prestamista había cumplido los requisitos para ello.

La nueva definición viene a modificar el complicado régimen anterior para, como destacan varios autores¹⁰⁷, equipararlo

¹⁰⁷ Cfr. GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, B., *Medidas unilaterales españolas... op. cit.*, pág. 181 y DE FRUTOS RAMÍREZ, G. *Base Imponible... op. cit.*, pág. 432. Igualmente, LOPEZ POMBO, *Corrección de la Doble Imposición... op. cit.*, pág. 412, quien apunta que esta equiparación ya se comentaba en la exposición de motivos de la Ley.

al de otros contratos con idénticos efectos económicos, como las operaciones de venta con pacto de recompra ("repos") o los *equity swap*, en las que no es el socio o titular formal de las acciones (el prestatario) sino el titular "económico" (el prestamista) quien tiene derecho a la aplicación del régimen de exención por el pago que le ha realizado el prestatario (los llamados "dividendos manufacturados")¹⁰⁸.

Entrando ya al análisis concreto de esta definición, un primer aspecto destacable de la misma es que no restringe su ámbito de aplicación a los contratos celebrados al amparo de una norma española específica. Debemos pues entender que, donde la ley no distingue, no debemos distinguir, por lo que la exención sería aplicable a rentas procedentes de contratos con prestatarios no residentes en España, e incluso a contratos celebrados bajo Derecho extranjero, siempre que, en ambos casos, se respetaran los requisitos establecidos en la norma española¹⁰⁹.

En segundo lugar, y como puede apreciarse, la norma atiende al verdadero titular económico de los dividendos, el prestamista, que podrá aplicar la exención, en su caso, si conserva los valores en su contabilidad (esto es, si contablemente no había podido registrar su baja dado que no había transmitido todos los riesgos y beneficios de la inversión) y si el dividendo le ha sido pagado por su contraparte en un contrato de préstamo de valores o por una

¹⁰⁸ No obstante, el régimen quedó vigente, de forma transitoria para los préstamos de valores anteriores (Disposición Transitoria 17ª de la LIS), pero no así para las operaciones con *repos* o *equity swaps* que no se mencionan en la citada Disposición, por lo que habría que entender que a partir del 1 de enero de 2015, se les aplica el nuevo régimen.

¹⁰⁹ En este mismo sentido, ver PONS, P.M. *Comentarios a la nueva exención para evitar la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades español: impacto en grupos españoles e internacionales y otros inversores*. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 39-2015, pág. 79.

entidad de su grupo de sociedades, en su caso y, por supuesto, si se cumplen el resto de requisitos de esta norma.

Como destaca CUESTA CABOT¹¹⁰, la norma, sin embargo, no resuelve un problema: ¿qué ocurre si el prestamista sí había dado de baja los valores en su contabilidad?. Aunque no deba ser el supuesto típico ni usual, sí podría haber algún caso en que haya dado de baja los valores, pero tenga derecho al dividendo manufacturado. En este caso, la norma no permite que se aplique la exención ni el prestamista (que no tiene los valores en su contabilidad) ni el prestatario (que habrá entregado los dividendos a un tercero). Se trata de una situación que convendría mejorar.

Nótese, por otra parte, que el prestamista recibirá el "dividendo manufacturado" del prestatario, tercera entidad con la que puede no tener relación accionarial alguna y que es mercantilmente la socia de la entidad pagadora del dividendo. Es otro caso más en el que el legislador fiscal vuelve a no exigir la condición mercantil de socio para la aplicación de la exención.

La cuestión que surge de esta peculiar concepción es si, dado que el prestamista recibe esta cantidad de un sujeto sobre el que, como decimos, puede no tener participación alguna, ello libera de cumplir los requisitos de participación del artículo 21.1 a) que analizaremos en el Capítulo III.

¹¹⁰ Cfr. CUESTA CABOT, G., *El nuevo sistema de la corrección... op. cit.*, págs. 10 y 11. Destaca este autor también que la obligación de conservar el registro contable de los valores penaliza los préstamos de valores sucesivos.

En nuestra opinión, no debe ser así por dos razones. En primer lugar, porque ello equivaldría a permitir la aplicación de la exención a cualquier socio que no cumpliera las condiciones de participación mínima mediante el sencillo procedimiento de articular un préstamo de valores y un dividendo manufacturado (sería algo así como un lavado de cupón modernizado, si se nos permite). Y, en segundo lugar, porque la propia norma atribuye el derecho a la exención a quien conserve el registro contable de los valores, por lo que podrá siempre probarse tanto el porcentaje de participación (o el valor mínimo de adquisición, en su caso, si fuera aplicable), como su antigüedad.

Por último, otra cuestión que queda pendiente de resolver también es el tratamiento fiscal a otorgar al resto de derechos económicos percibidos por el prestamista (p.e. devoluciones de prima de emisión o devoluciones de aportaciones en exceso del coste de adquisición a efectos fiscales), que la Ley, como veremos más adelante en el epígrafe 2.3.2., no considera como dividendos o participaciones en beneficios.

Sobre esta cuestión se ha manifestado la DGT en su consulta V3350-16, de 15 de julio, relativa al régimen fiscal aplicable a los "préstamos de valores de última instancia"¹¹¹ y en la que la DGT realiza un completo análisis de la tributación tanto de la Entidad Central de Contrapartida,

¹¹¹ Los préstamos de valores de última instancia se hallan regulados en el Real Decreto 878/2015 del sistema de compensación, liquidación y registro de valores de renta variable negociados en mercados oficiales y sistemas multilaterales de negociación. Se trata de un instrumento utilizado para evitar incidencias en la liquidación de las operaciones de compensación de compras y ventas de valores homogéneos derivadas del retraso en la entrega de los valores por el vendedor. Para ello, la llamada Entidad de Contrapartida Central asume una posición de prestataria de esos valores en el mercado y, a su vez, de prestamista frente al vendedor que, en condiciones normales habría incumplido.

como de los prestamistas y prestatarios por todas las rentas percibidas y pagadas en torno a este contrato. En general, el centro directivo considera que este tipo de rentas deben regirse por las disposiciones del artículo 17.6 de la LIS (que solo incluye en la base imponible el exceso de las cantidades recibidas sobre el valor fiscal de la participación) pero sin más concreción. En otras palabras, los prestamistas no podrán aplicar la exención del artículo 21 por estas rentas, precisamente porque, como veremos más adelante, las mismas no serían dividendos ni participaciones en beneficios¹¹².

Como conclusión de todo lo anterior, como puede apreciarse, el legislador se aparta otra vez del criterio eminentemente jurídico adoptado en el apartado a) anterior, para adoptar una perspectiva económica, más cercana a la realidad del negocio jurídico subyacente. Nos hallamos ante otro supuesto más en el que una persona jurídica que no es socia de la entidad pagadora de acuerdo con la normativa mercantil puede beneficiarse de la exención y en el que se aplica una exención a una renta que no podría calificarse nunca de dividendo en sentido estricto. Es otro ejemplo, pues, de "participaciones en beneficios", concepto que como decíamos ha dejado de ser un mero pleonasma del de dividendos, para adquirir un significado propio que el legislador utiliza de forma consciente para permitir la aplicación de la exención.

¹¹² Resulta llamativo también en esta resolución que, si bien la DGT señala que el prestatario en un préstamo de valores de última instancia no podría aplicarse la exención por no cumplir los requisitos del artículo 21, sin embargo, al analizar esta cuestión para el prestamista, no se aborda la aplicación de la exención en el prestamista (la Entidad de Contrapartida Central). La única explicación que le encontramos es que realmente esta entidad no es la beneficiaria última de los dividendos, sino que tiene una obligación de remitirlos a otro prestamista, que será quien tenga derecho a la exención, en su caso.

2.3. Otros "dividendos o participaciones en beneficios"

2.3.1. Planteamiento de la cuestión

La parquedad de la redacción del apartado 2 de este artículo 21 lleva a plantearse si los diversos conceptos del artículo 21.2 de la LIS, constituyen una lista cerrada de forma que únicamente las rentas que se encuadren en los tres apartados puedan beneficiarse de la exención.

Ya anticipamos que, en nuestra opinión, este no debe ser el caso. Y ello por dos razones distintas.

En primer lugar, porque, como sugiere LUCAS DURÁN¹¹³, no tiene sentido que existan distintos conceptos de dividendo en todos los impuestos con alcance internacional, sino que este concepto debe incluir cualquier supuesto de distribución de beneficios de una entidad participada. Este argumento le lleva a equiparar el concepto amplio de dividendos del ordenamiento tributario (y los convenios de doble imposición) con el de "participaciones en fondos propios de entidades o distribución de beneficios" de la normativa del IRPF, y, en consecuencia, a incluir también en el concepto rentas como las distribuciones de prima de emisión, los dividendos ficticios, las rentas percibidas en una reducción de capital con devolución de aportaciones, los bonos de disfrute, o cualquier otra utilidad percibida por la condición de socio, accionista o partícipe.

¹¹³ Cfr. LUCAS DURÁN, M., *Los dividendos e intereses...* (2019), *op. cit.*, págs.758-761.

Y, en segundo lugar, porque ya el propio artículo 21.2 de la LIS ha ampliado el ámbito objetivo de la exención para extenderla a rentas que antes de la reforma de 2014 no estaban exentas, como los rendimientos de préstamos participativos o de préstamos de valores. En consecuencia, esa ampliación no debe entenderse limitada a estas rentas, sino que debería incluir también cualesquiera otras rentas de fuente extranjera que, por su propia naturaleza, soporten doble imposición económica y puedan ser consideradas como dividendos o participaciones en beneficios en sí mismas y entre ellas las citadas por LUCAS DURÁN.

En relación con esta cuestión, debemos insistir en el hecho de que ninguna Ley del IS ha definido nunca qué normativa hay que utilizar para considerar que una determinada renta percibida por un sujeto pasivo residente en España de una entidad extranjera constituye un "dividendo o participación en beneficios" a efectos de la exención por doble imposición económica internacional.

En nuestra opinión, no obstante, la determinación de la naturaleza de una renta como un "dividendo o participación en beneficios" debe realizarse bajo la norma española, dado que de acuerdo con el artículo 10.3 de la LIS (y sus equivalentes en la LIS de 1995 y en el TRLIS), la base imponible en el régimen de estimación directa se calculará:

"... corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en esta Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citadas normas."

En consecuencia, un sujeto pasivo del impuesto español que reciba una renta de este tipo del extranjero deberá comprobar si la misma está expresamente incluida en la normativa de la LIS (por ejemplo, porque derive de una participación en el capital social), y en su defecto, otorgarle una calificación contable-mercantil bajo el PGC y bajo las normas mercantiles (no olvidemos que el PGC no es sino una norma de desarrollo del Código de Comercio).

De esta forma, si la renta en cuestión cumple con las características de los dividendos en la normativa fiscal, que hemos comentado en los epígrafes anteriores, será considerada como tal.

Sin embargo, cuando no sea el caso (como, por otra parte, puede ser común), deberá acudirse a la normativa sobre sociedades mercantiles (i.e. el TRLS) que actuará a modo de cláusula de cierre de la definición de lo que es un dividendo, con el fin de comprobar si la renta extranjera procede de una distribución de beneficios sociales, en cuyo caso será también un dividendo a efectos contables y fiscales españoles, y por tanto podría ser objeto de la exención del artículo 21 de la LIS.

Una posición similar se mantenía, bajo la vigencia del TRLIS, por GONZALO PECES¹¹⁴ y, especialmente, por GARCÍA-ROZADO¹¹⁵, si bien con los matices típicos de que en el TRLIS no existía un concepto fiscal expreso de dividendos o participaciones en beneficios:

¹¹⁴ Cfr. GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar la doble imposición económica internacional*, en VV.AA., "Impuesto sobre Sociedades. Régimen General". Tomo II, Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pág. 606.

¹¹⁵ Cfr. GARCÍA-ROZADO, B., "Eliminación de la doble imposición en las rentas de origen extranjero. Régimen de exención". En VV.AA. "Guía Impuesto sobre Sociedades", 2ª ed., CISS, Valencia, 2008, págs. 472 y 473.

"(...) es lógico pensar en este caso que la calificación de dividendo de una renta obtenida por una entidad residente, procedente de una entidad no residente, deba realizarse de acuerdo con la legislación española.

El concepto de dividendo lo podemos obtener del artículo 48 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, como el derecho a participar en las ganancias sociales de una entidad.

Por un lado, la aplicación de la exención requiere que exista una participación en los fondos propios de una entidad, obtenida esta calificación de acuerdo con la normativa española, sin perjuicio de la calificación de la renta que pudiera realizar el país o territorio donde reside la entidad participada. En este caso, deberemos analizar los instrumentos financieros de diversa índole a través de los cuales se obtiene la renta, ya que sólo aquellos que confieran una participación en los resultados tendrán derecho a la aplicación de la exención."

Esta necesidad de analizar los instrumentos financieros bajo la Ley española se vio especialmente reforzada tras dos significativas sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de julio de 2014 y 16 de marzo de 2016.

La primera de ellas, de 10 de julio de 2014 versaba sobre la distinción entre pasivos financieros e instrumentos de patrimonio. Su Fundamento de Derecho Cuarto realizaba un exhaustivo análisis del régimen jurídico de un instrumento híbrido australiano con frases muy expresivas del criterio del Tribunal Supremo, como las siguientes:

"Asimismo, procede realizar un examen de los derechos y obligaciones que ostenta la sociedad hoy recurrente y que dimanen del referido contrato de emisión de las acciones preferentes, a fin de determinar si las referidas acciones preferentes otorgan o no el derecho a participar plenamente en los beneficios sociales, que es el derecho que, en esencia, define la posición jurídica de socio en el derecho español.

(...)

Llegamos así a la misma conclusión que la Sala de instancia: la de compartir la consideración efectuada en el acuerdo de liquidación atinente a que "el haz de derechos y obligaciones" descrito configura, para ambas partes, la posición jurídica derivada del contrato de préstamo.

(...)

Del mismo modo, cabe colegir que no concurren los derechos propios de la cualidad de socio, pues no existe la plena participación en los beneficios...".

Esto es, la calificación de una renta extranjera como un "dividendo o participación en beneficios" a efectos del artículo 21 del TRLIS debía realizarse desde una perspectiva española, sin aceptar necesariamente la calificación extranjera. Dicha comparación exigía, pues, practicar un juicio de comparabilidad entre "el haz de derechos y obligaciones" que confiere el instrumento financiero en cuestión y el que conferiría la normativa mercantil española, de forma que solo si dicho "haz" resultara en una posición jurídica de accionista similar a la existente bajo la normativa española podría aplicarse la exención sobre las rentas del instrumento financiero. En consecuencia (y

especialmente dado que el híbrido en cuestión era una construcción contractual de las partes cuya causa era el reembolso de un préstamo), las rentas obtenidas no podían calificarse como dividendos a efectos de la exención del artículo 21 del TRLIS.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2015 debatió si los "juros sobre o capital propio" ("JSCP"), un instrumento brasileño de participación en beneficios que resulta fiscalmente deducible, podía calificar como "dividendo o participación en beneficios" a efectos del artículo 21 del TRLIS¹¹⁶ pero al hacerlo resolvió una cuestión de gran importancia también para la normativa actual: la posible influencia que sobre la exención del artículo 21 de la LIS podían tener las calificaciones realizadas por un convenio de doble imposición.

Y es que la Inspección, el Tribunal Económico-Administrativo Central ("TEAC") y el Abogado del Estado habían entendido que en la medida en que las rentas procedían de un país con el que existe un convenio de doble imposición, el concepto de dividendos debía interpretarse conforme al convenio, cuyos artículos 10.4 y 11.5 remiten, en última instancia, a

¹¹⁶ Para un exhaustivo análisis de las diversas cuestiones fiscales alrededor de los JSCP, cfr. MARTÍNEZ LAGUNA, F.D., *Institutional Hybrid Financial Instruments and Double Non-taxation under Domestic Rules and Tax Treaty Law: The Example of Spain*. Intertax, Vol. 44, Issue 6&7, 2016, págs. 447-462 y CALVO SALINERO, R. y SAN SALVADOR PICÓ, E., *Spain: Spanish Supreme Court confirms that Brazilian 'juros sobre o capital próprio' can benefit from Spanish participation exemption regime*, International Tax Review website: <http://www.internationaltaxreview.com/Article/3549782/Spain-Spanish-Supreme-Court-confirms-that-Brazilian-juros-sobre-o-capital-prprio-can-benefit-from.html> y *Tax treatment of JSPPs in Spain: past, present and future*, European Taxation, n° 10, 2017, págs. 446-449. Asimismo, un profundo análisis de la incorrecta técnica interpretativa adoptada por el TEAC se encuentra en CALDERÓN CARRERO, J.M., *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición al hilo de una resolución del TEAC sobre híbridos financieros: la reciente reacción de la OCDE frente al arbitraje fiscal internacional*. Quincena Fiscal, n° 12, 2012, págs. 19-72.

la normativa interna del Estado de la fuente para la interpretación de los conceptos de dividendos e intereses, respectivamente. Una vez dado este paso, solo quedaba decidir si la renta era un dividendo o un interés, decisión que, en opinión de la Administración Tributaria y la Abogacía del Estado, debía inclinarse por la calificación como intereses, dada la naturaleza de gasto fiscalmente deducible de los pagos en Brasil. Por tanto, no resultaba aplicable la exención del artículo 21 del TRLIS a los JSCP distribuidos por filiales brasileñas.

Como bien apunta MARTÍNEZ LAGUNA¹¹⁷, esta posición de la Administración era incorrecta, dado que olvidaba que el artículo 10.4 del convenio considera como dividendos, con carácter preferente a todo lo demás, no solo las rentas de acciones, sino también *"otros derechos que permitan participar de los beneficios"*, como podían ser los JSCP.

Adicionalmente, cabría apuntar también otro argumento: la técnica interpretativa de la Administración suponía desconocer el carácter último de los convenios de doble imposición, que no son otra cosa que meras normas delimitadoras de las potestades tributarias de los Estados, y que cuando califican una renta lo hacen sólo a los efectos de determinar si el Estado de la fuente tiene potestad de gravamen sobre la misma, sin condicionar la normativa interna del Estado de residencia. En otras palabras, no se puede partir de un convenio para concluir a efectos de la norma interna, sino que cualquier calificación relativa a la aplicación del Derecho del Estado de residencia debe realizarse partiendo de las instituciones tributarias de este mismo Estado (España), y en concreto, de lo dispuesto

¹¹⁷ Cfr., *Institutional Hybrid Financial Instruments... op. cit.*, pág. 455.

en el TRLIS¹¹⁸ entonces vigente, salvo que la propia normativa interna se remita a los convenios a estos efectos, lo que no era el caso.

Así lo entendió el Tribunal Supremo en un contundente Fundamento de Derecho Cuarto en el que continuó con el criterio establecido en la citada sentencia de 10 de julio de 2014:

CUARTO.- (...)

En todo caso, lo decisivo es determinar su naturaleza jurídica, desde la perspectiva del artículo 21 de la LIS 2004.

Y, a estos efectos, los JSCP equivalen a una distribución de beneficios, sin que puedan considerarse intereses, en la medida en que no remuneran cantidades en préstamos ni se calculan sobre el principal pendiente de un crédito. Por el contrario, proceden de la existencia de beneficios de la filial brasileña y el título que da derecho a su percepción es la participación de socio en el capital social mediante la tenencia de acciones.

(...)

Por consiguiente, resulta acertado el criterio de la Sala de instancia cuando entiende que, como distribución de beneficios, resultan incluibles en el concepto de

¹¹⁸ Lo contrario, como apunta GONZÁLEZ FORNOS podría llegar a ser contrario al principio de reserva de Ley contenido en los artículos 31.3 y 133.3 de la Constitución. Cfr. GONZÁLEZ FORNOS, M., *La exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos de fuente extranjera del artículo 21 LIS 2004 en relación con los juros sobre capital propio percibidos de filiales brasileñas (Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 26 de abril de 2012)*. En VV.AA. "2013. Practica Fiscal para Abogados", Edit. La Ley, Madrid, 2013, pág. 247.

dividendos o participaciones en beneficios a que se refiere el mencionado artículo 21 LIS 2004."

En este sentido, y continuando con lo establecido por el Tribunal Supremo, debemos recordar que bajo el artículo 93 del TRLSC, el socio de una sociedad de capital tiene los siguientes derechos mínimos:

"a) El de participar en el reparto de las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación.

b) El de asunción preferente en la creación de nuevas participaciones o el de suscripción preferente en la emisión de nuevas acciones o de obligaciones convertibles en acciones.

c) El de asistir y votar en las juntas generales y el de impugnar los acuerdos sociales.

d) El de información."

Dado que, como resalta la sentencia, "lo decisivo es determinar su naturaleza jurídica, desde la perspectiva del artículo 21 de la LIS 2004" y eso, obviamente, solo puede realizarse desde una perspectiva de Derecho español, el Tribunal Supremo acudió directamente al criterio clave del artículo 93 del TRLSC, si los JSCP constituyen una distribución de beneficios (o, en cambio, remuneran un préstamo de algún tipo) que es el derecho que, en esencia, define la posición jurídica del socio en el derecho español.

Una vez llegados a este punto, no obstante, surge otra cuestión: si el análisis de comparabilidad requerido debe realizarse literalmente bajo todos los criterios de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2014, que

recordemos analizaba exhaustivamente todo el régimen legal del instrumento australiano.

Esto es, ¿debe analizarse si todos los derechos que confieren dichos valores podrían calificarse como propios de las acciones a la luz de la normativa mercantil española citada o si, al tratarse simplemente de una cuestión de exención de "dividendos", debería centrarse únicamente en el primer requisito, i.e. "participar en las ganancias sociales y en el patrimonio resultante de la liquidación"?

Esta cuestión ha sido abordada por SANZ GADEA¹¹⁹, quien se pronuncia a favor de la segunda posición, examinar simplemente si se participa en las ganancias sociales:

"A tal efecto, lo que debe dilucidarse, básicamente es la causa de la retribución recibida, sin que la forma que revista el activo financiero concernido sea dirimente (...) Si la causa es la propia del contrato de sociedad, esto es, si la sustancia patrimonial que se percibe deriva del lucro repartible en el sentido del artículo 1.665 del Código Civil, dicha retribución deberá calificarse como dividendos o participaciones en beneficios.

La vinculación de la retribución con las ganancias de la sociedad es lo relevante. Ahora bien, ha de ser una vinculación plena, no meramente referencial, esto es que aquella retribución sea la especificación de la ganancia social en beneficio del socio al que se le transfiere.

Con todo, habrá de hacerse una matización, en el sentido de calificar también como dividendos o participaciones en beneficios a los procedentes de activos financieros

¹¹⁹ Cfr. SANZ GADEA, E., *El resultado financiero... (I)*, op. cit., pág. 22.

asimilables a los que, de acuerdo con el TRLSC, son representativos del capital o los fondos propios, aun cuando las retribuciones que otorguen no traigan su causa del contrato de sociedad. Por tanto, las retribuciones correspondientes a activos financieros asimilables a las acciones sin voto o rescatables deberían ser calificadas como dividendos o participaciones en beneficios”.

Como se puede apreciar, SANZ GADEA se aparta de la tesis del Tribunal Supremo, que había hecho hincapié en su sentencia en que el instrumento australiano era redimible y no otorgaba derechos de voto, y se inclina por analizar la causa de la retribución percibida.

En nuestra opinión, es preciso tener presente que, tal y como menciona expresamente la sentencia de 10 de julio de 2014, el Tribunal Supremo estaba condicionado por un hecho significativo: el instrumento financiero en cuestión era una mera reformulación de un préstamo previo entre las mismas partes. Esta circunstancia, sin duda, hizo que el Tribunal adoptara una exégesis más rigurosa para tratar de demostrar que, en la práctica, las posiciones jurídicas eran las mismas que ya existían bajo el antiguo contrato de préstamo y nada había cambiado. Esta circunstancia no debería llevar a adoptar este enfoque de análisis completo en todas las circunstancias y ello porque no debemos olvidar el objeto del análisis: si una determinada renta tiene o no la naturaleza de un “dividendo o participación en beneficios”.

Por tanto, en nuestra opinión, bajo la nueva regulación de la LIS no sería necesario realizar un análisis completo de comparabilidad del régimen jurídico de la renta en cuestión, sino que la exención debería ser aplicable en aquellos casos en los que, como señalábamos, la propia normativa fiscal la defina como dividendo o participación en beneficios *per se*

o, en su defecto, se esté en condiciones de demostrar que la causa de la renta satisfecha se correspondería con una participación en los beneficios de la entidad no residente bajo normativa española. Con todo, sería conveniente que esta cláusula de cierre mercantil se incluya expresamente en un artículo con tanta vocación internacional como el artículo 21 de la LIS.

Pasamos, pues, a analizar a continuación otras rentas que en nuestra opinión podrían formar parte del concepto de participaciones en beneficios a los efectos de la exención del artículo 21 de la LIS.

2.3.2. Las rentas procedentes de la reducción de capital con devolución de aportaciones y la distribución de prima de emisión

En el caso de estas rentas, es indudable que las mismas solo pueden obtenerse por personas que posean la condición de socio de las entidades que las satisfacen.

Sin embargo, no es ésta la cuestión principal de las mismas, sino su naturaleza jurídico-tributaria, ya que, siendo rentas que podrían considerarse como "derivadas de valores representativos del capital o los fondos propios", pueden presentar en algunos casos características que las sitúan a mitad de camino entre las participaciones en beneficios y las rentas procedentes de la transmisión de participaciones, en la medida en que pueden llegar a representar total o parcialmente una participación en las reservas distribuibles de una entidad filial. En este caso, una eventual integración de la renta en la base imponible de la entidad perceptora supondrá doble imposición económica que la normativa del

Impuesto sobre Sociedades debe evitar, a través de la exención del párrafo 1 del artículo 21 o del párrafo 3.

Si se analizan estas rentas desde un punto de vista estrictamente mercantil, nos encontramos que, en la reducción de capital con devolución de aportaciones, el accionista obtiene una devolución de sus aportaciones al capital de la sociedad (artículo 317 TRLSC). La verdadera naturaleza jurídico-mercantil de esta operación es la de devolución de capital, y no la de percepción de beneficios, independientemente de que ello también pueda tener lugar por la propia mecánica de la distribución (p.e. cuando se devuelven beneficios previamente capitalizados). En cambio, la prima de emisión se configura mercantilmente como una reserva voluntaria más¹²⁰, pero puede corresponderse con aportaciones de socios (lo más habitual) o también con beneficios previos (p.e. el caso de reservas transformadas en prima de emisión con ocasión del cálculo de una ecuación de canje en una operación de fusión) que también corresponden al socio.

Desde un punto de vista estrictamente tributario, en cambio, estas rentas podrían descomponerse en dos partes. Una primera parte que representa las aportaciones del socio al capital social de la entidad y una segunda, no necesariamente existente en todos los casos, que representaría la parte alícuota del accionista o partícipe en las reservas de la

¹²⁰ Como es sabido, la "prima de emisión" es la reserva disponible que se crea en las sociedades anónimas con ocasión de ampliaciones de capital y que tiene por objeto evitar la dilución de los antiguos accionistas en el patrimonio social o, más claramente, la compensación de reservas explícitas o implícitas ya presentes en los fondos propios con ocasión de una ampliación de capital. En las sociedades de responsabilidad limitada existe un equivalente, la "prima de asunción". En esta obra, nos referiremos exclusivamente a la prima de emisión, pero todos los comentarios deberán entenderse realizados también a la prima de asunción, *mutatis mutandis*.

sociedad. De estas dos partes, tan sólo la segunda puede haber tributado por el Impuesto sobre Sociedades, y por tanto *a priori* sólo ella debería beneficiarse de las normas para eliminar la doble imposición¹²¹. Por ello, el apartado 6 del artículo 17 de la LIS solo considera renta a efectos fiscales el exceso que el socio reciba respecto al valor fiscal de la participación.

La duda, en este caso, es si el remanente de beneficios procedente de estas operaciones de reducción de capital con devolución de aportaciones o de distribución de prima de emisión es análogo a un dividendo, dado que, como hemos dicho, podría suponer una participación en los beneficios, o en cambio tiene una naturaleza distinta, más próxima al concepto de ganancia patrimonial, en cuanto normalmente el exceso sobre las aportaciones del socio se habrá generado en varios ejercicios distintos o provendrá de la enajenación de los elementos del inmovilizado de la sociedad¹²².

La distinción entre ambas figuras no es baladí ya que tanto los dividendos como las rentas procedentes de la transmisión

¹²¹ Así lo señalaba RUIZ GARCÍA al analizar el carácter de dividendos de la cuota de liquidación social, similar a estos efectos a las rentas que nos ocupan. Cfr. *La deducción por dividendos... op. cit.*, pág. 144, y nota al pie n° 224 con cita de doctrina alemana.

¹²² En opinión de VAN FRAEYENHOVEN con respecto al superávit de liquidación, renta que desde el punto de vista económico comparte las mismas características que el superávit en una reducción de capital o en una distribución de prima de emisión, "... la imposición del superávit de liquidación como un dividendo ordinario, igual que sería el caso de una renta normal de explotación, parece poco justificada en el plano económico. En efecto, el superávit de liquidación procede con gran frecuencia de la cesión de bienes de inversión muy antiguos o también de reservas constituidas al paso de los años (...) El superávit de liquidación no es una renta ordinaria. Parece pues normal que tribute como una ganancia en capital". Cfr. VAN FRAEYENHOVEN, G., *Ponencia general. Cahiers de Droit fiscal international*. Vol. LXXIIb, edit. Kluwer, Holanda, 1987, pág. 101. En opinión de GONZALO PECES, este tipo de rentas también podrían corresponderse con plusvalías implícitas, a realizarse en futuros ejercicios. Cfr. *Exención para evitar... op. cit.*, pág. 608.

de participaciones pueden beneficiarse del régimen de exención del artículo 21 de la LIS, pero en ambos casos con condiciones y requisitos distintos, por lo que una calificación u otra podría tener efectos distintos en una misma renta.

Por eso, no es de extrañar que el legislador, al igual que abordó el concepto de dividendo, haya incluido un concepto de rentas procedente de la transmisión de participaciones, con la intención de resolver esta problemática, en el primer párrafo del artículo 21.3, que extiende la exención de este apartado a:

"... la renta obtenida en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción de capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo."

La inclusión de este párrafo era necesaria dada la situación de inseguridad jurídica que se había producido bajo las normas que han precedido a la LIS de 2014. Todas ellas contenían un precepto equivalente al actual artículo 17.6 de la LIS, pero no abordaban de forma suficientemente precisa la calificación de estas rentas como dividendos o rentas procedentes de la transmisión de participaciones a efectos de la deducción por doble imposición interna¹²³.

¹²³ En este ámbito, los artículos 28 de la LIS de 1995 y 30 del TRLIS se ocupaban de la deducción por doble imposición interna de dividendos o participaciones en beneficios (apartados 1 y 2) y plusvalías (apartado 5). Sin embargo, ninguno de ellos definía estos términos. Era el apartado 4º el que se ocupaba de las rentas de distribuciones de prima de emisión y reducciones de capital, regulando la no aplicación de la deducción de los apartados 1º y 2º del precepto a estas clases de rentas. El hecho de que estas rentas se trataran en un apartado distinto del de los dividendos podía considerarse como un indicio de que el legislador no las concebía como dividendos o "participaciones en beneficios" de las que se ocupaban específicamente los apartados 1 y 2. Sin embargo, distintos autores se pronunciaron en contra, dando varios argumentos, incluido el que la redacción del primitivo artículo 28 de la LIS de 1995

A diferencia del ámbito interno, la Ley del Impuesto sobre Sociedades no contuvo ninguna referencia a estas rentas en el ámbito internacional hasta el Real Decreto-Ley 3/2000, que al incluir el nuevo artículo 20bis introdujo en su apartado segundo, correspondiente a las rentas procedentes de transmisiones de participaciones, las rentas de operaciones de disoluciones y separaciones de socio. Sin embargo, la nueva norma no concluyó sobre los supuestos de distribuciones de prima de emisión o, incluso, las reducciones de capital con devolución de aportaciones (que, por otra parte, se calificaban como ganancias patrimoniales bajo la normativa del IRNR por la prevalencia de las definiciones del IRPF)¹²⁴.

no las excluía del concepto. Así, LLANSÓ, M., *Deducción para evitar la doble imposición interna...* op. cit., pág. 1035 y CHECA GONZÁLEZ, C., *Impuesto sobre la Renta de No Residentes*. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 209, nota al pie nº 87. En contra, y por tanto considerando que estas rentas daban lugar a plusvalías, cfr. ERNST & YOUNG, *Análisis...* op. cit., pág. 1038; COLMENAR VALDÉS, S., *Las deducciones por doble imposición: (I) doble imposición interna de beneficios societarios*. Impuestos, nº 11, 1996, págs. 333 y ss. y CLAVIJO HERNÁNDEZ, F., *Impuesto sobre Sociedades*. En VV.AA. "Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: Los tributos en particular", 16ª ed., edit. Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 331. Es cierto que este apartado tuvo distintas redacciones durante la vigencia de la Ley 43/1995. Así, la redacción inicial del apartado 4º excluía taxativamente la aplicación de la deducción a las rentas derivadas de reducciones de capital con devolución de aportaciones. Sin embargo, esta situación cambió a partir de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, que introdujo la posibilidad de aplicar la deducción cuando la reducción suponía una distribución de dividendos "o participaciones en beneficios", expresión sumamente clarificadora de la concepción del legislador. La introducción del apartado relativo a las plusvalías bajo el Real Decreto-Ley 8/1996 supuso tan sólo una modificación del título del precepto, pero no de la naturaleza jurídica de las rentas del ya existente apartado 4. A ello podría haberse añadido que el inicio del apartado 3, *la deducción también se aplicará*", y 4, *"la deducción prevista en los apartados anteriores no se aplicará"*, y su proximidad a los apartados 1 y 2, específicos sobre dividendos, permitía suponer que los apartados 1 a 4 regulaban la misma deducción, esto es, por doble imposición de dividendos o participaciones en beneficios de fuente interna. Todo ello podía llevar a considerar que estas rentas siempre se habrían regulado bajo la deducción por doble imposición interna cuando la misma únicamente se predicaba para los dividendos.

¹²⁴ En efecto, la LIRPF, tanto en su redacción de 1998 y 2004, (artículos 31.3 a) y 35.1 e), como en la de 2006 (artículos 33.3 a) y 37.1 e)) ha incluido las rentas de las reducciones de capital con devolución de

aportaciones y de las disoluciones societarias y separación de socios en la Sección 4ª del Capítulo 1º, relativa a las ganancias patrimoniales o plusvalías. Esta calificación producía (y produce) efectos en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes, ya que los apartados 1 y 4 del artículo 23 de la LIRNR de 1998 y del artículo 24 del TRLIRNR han requerido siempre a determinar la base imponible conforme a las normas de la LIRPF correspondiente. En el caso concreto de las rentas de operaciones de disolución hay que señalar que esta calificación era consecuente con lo previsto en el artículo 13.1 g) b') de la LIRNR, que excluía expresamente (y excluye) de la exención por los beneficios distribuidos a matrices residentes en otros Estados de la Unión Europea sin establecimiento permanente en nuestro país, los supuestos de liquidación de la filial. Es decir, consideraba que no se producía distribución de beneficios alguna, o *sensu contrario* interpretaba que estas rentas constituían una ganancia patrimonial, por lo que no debían beneficiarse de la exención. Aunque esta solución resultaba coherente con la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO, apoyándose en las ideas de varios destacados autores europeos, pusieron de manifiesto ya en aquel entonces su incompatibilidad con la Directiva matriz-filial. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., CALDERÓN CARRERO, J.M., *La exención en favor de los beneficios distribuidos... op. cit.*, págs. 199 y 200; DE HOSSON, F.C., *The Parent-Subsidiary ... op. cit.*, pág. 433 y VANISTENDAEL, F., *The implementation of the Parent/Subsidiary Directive... op. cit.*, págs. 605 y 606. En efecto, es el artículo 4 de la mencionada Directiva, que trata el supuesto de beneficios recibidos por una matriz, el que excluye expresamente a los beneficios procedentes de liquidaciones de filiales de la aplicación de los métodos para eliminar la doble imposición internacional. Sin embargo, el artículo 5, que trata el supuesto de beneficios distribuidos por la filial y que debería transponerse en el artículo 13.1 g) LIRNR, no realiza ninguna exclusión de rentas. Este diferente tratamiento en la Directiva de la cuota de liquidación social según la pague la filial o la reciba la matriz suscitó la natural curiosidad de la doctrina internacional, hasta el punto de que, por ejemplo, TERRA y WATTEL señalaban que no entendían la razón de la discrepancia y VANISTENDAEL, a quien parecen seguir FANTOZZI y MANGANELLI, creía que se debía a la diferente consideración para la filial y la matriz del pago de las reservas producido con ocasión de la liquidación. Para este autor, en el caso de la filial, este pago no se diferencia en nada de una distribución de dividendos normal. Sin embargo, en el caso de la matriz habría que distinguir si poseyó su participación en la filial desde su constitución, en cuyo caso sería una distribución de beneficios, o si la adquirió posteriormente, en cuyo caso el pago de las reservas podría equipararse a una compensación por la anulación de la participación liquidada y tendría una naturaleza más próxima a las ganancias patrimoniales, que no están cubiertas por la Directiva. Cfr. TERRA, B. y WATTEL, P., *European Tax Law*. 2ª ed., Edit. Kluwer Law International, London, Boston, The Hague, 1997, pág. 254; VANISTENDAEL, F., *The implementation of the Parent/Subsidiary Directive... op. cit.*, págs. 605 y 606; y FANTOZZI, A. y MANGANELLI, A. *Directive implementation leaves EC short of full harmonization*, *The Journal of International Taxation*, July, 1993, pág. 312, nota al pie nº 26; A. MANGANELLI, *The degree of harmonization attained through the implementation of the Parent-Subsidiary Directive in the EC Member States*. En "Harmonization of Corporate Taxes in the EC". International Fiscal Association, Vol. 18a, edit. Kluwer, Deventer-Boston, 1994, pág. 42 y 43. En nuestra opinión, la razón de esta disparidad no se encontraría tanto en una diferente naturaleza de la renta en función del momento temporal, como en las diferentes posturas en los Estados miembros sobre la naturaleza jurídica de estas rentas en el momento de aprobación de la Directiva,

Ante esta inseguridad jurídica en el ámbito internacional, que, por otra parte, no fue resuelta por la doctrina administrativa, el legislador de 2014 trató de reaccionar con la introducción de una regla definitoria en artículo 21.3 de la LIS que, como hemos visto, ha calificado a las rentas derivadas de la reducción de capital con devolución de aportaciones, como rentas procedentes de la transmisión de participaciones. Sin embargo, incomprensiblemente, el legislador sigue sin incluir en el artículo 21 de la LIS referencia alguna a la prima de emisión.

GONZALO PECES¹²⁵ abordó esta cuestión bajo la vigencia del TRLIS, desde un enfoque muy práctico, en virtud del cual, el concepto de "participaciones en beneficios" debía entenderse como un derecho a participar en los resultados de una entidad, presentes o futuros, obtenidos por cualquier causa. Por ello, cualquier renta originada en distribuciones de una prima de emisión¹²⁶ (o una devolución de aportaciones, categoría de renta para la que este autor usa los mismos argumentos) que incorporase beneficios no distribuidos, debía considerarse como una participación en beneficios, y en consecuencia debería poder aplicarse sobre la misma la exención correspondiente a los dividendos.¹²⁷

que obligaron a dejar para más adelante la cuestión de su tratamiento (al igual que ocurrió, por ejemplo, con las ganancias patrimoniales). En nuestra misma línea, cfr. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *La doble imposición internacional en la Unión Europea. Especial consideración del Impuesto de Sociedades*. Edit. La Ley, Madrid, 1995, pág. 200.

¹²⁵ Cfr. GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar...* op. cit., pág. 610.

¹²⁶ En opinión del autor, "en la medida en que el reparto de la reserva de capital (sea de emisión u otra asimilable) represente una participación en beneficios, presentes o futuros, creemos que la renta fiscal que debe incluirse en la base imponible ex artículo 15.4 LIS 2004 puede excluirse conforme al artículo 21 LIS 2004, si se cumplen el resto de requisitos que exige la norma". Cfr. GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar...* op. cit., pág. 610.

¹²⁷ Un enfoque similar parece sugerir LUCAS DURÁN, M., *Los dividendos e intereses...* (2019), op. cit., pág. 758 y 759.

En nuestra opinión, de hecho, y por mucho que la interpretación histórica del precepto pueda servir para justificar su consideración como "participaciones en beneficios", lo cierto es que las cantidades percibidas en concepto de prima de emisión (o en devoluciones de aportaciones) pueden ser un instrumento con características tanto de las participaciones en beneficios como de las "rentas procedentes de la transmisión de participaciones"¹²⁸.

Siguiendo a GONZALO PECES¹²⁹, es cierto que la prima de emisión puede corresponderse con una representación de las reservas explícitas de la sociedad, aportadas por un socio para no diluir al socio antiguo, y en este caso debería conservar esta consideración de "pago de reservas" o, en la terminología de la Ley, "participaciones en beneficios". O, añadimos nosotros, también puede darse el caso de que la prima de emisión se distribuya, con preferencia a, y en lugar de, las propias reservas disponibles de la sociedad¹³⁰ en supuestos en que coexistan ambas.

Pero también es cierto que la prima de emisión puede representar aportaciones de un nuevo socio para compensar rentas implícitas (fondo de comercio o plusvalías no realizadas) y cuando se distribuya, el accionista estará

¹²⁸ Y ello a pesar del distinto tratamiento otorgado a estas rentas en otros impuestos, como el IRPF, IRNR e incluso el propio IS en lo relativo a las devoluciones de prima en las ETVEs, cuyo régimen fiscal se asimila en el artículo 108 de la LIS al de las distribuciones de dividendos.

¹²⁹ Cfr. *Exención para evitar...* op. cit., págs. 608 y 609.

¹³⁰ Recordemos que precisamente para estos casos, la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, que se tramitó de forma paralela a la LIS, modificó el tratamiento fiscal dado históricamente en el IRPF a las distribuciones de prima de emisión por entidades no cotizadas en el artículo 25 de la LIRPF (reducción del coste de adquisición y tributación como rendimiento del capital mobiliario únicamente cuando la cantidad devuelta excediera de dicho coste) para pasar a gravar de inmediato como rendimientos del capital mobiliario procedentes de la participación en los fondos propios de entidades, las cantidades distribuidas en concepto de prima de emisión que se correspondan con beneficios obtenidos y no distribuidos tras la adquisición.

recibiendo por anticipado unos beneficios que se esperaría obtener en un futuro cercano, exactamente el mismo caso que se pondrá de manifiesto cuando se transmita una acción por un valor superior a su valor teórico contable. Además, es preciso tener en cuenta que dichos beneficios futuros no se generarán en un único periodo impositivo, sino que, al ser una expectativa de futuro, deberían obtenerse a lo largo de toda la vida de la inversión.

Por ello, y contra la opinión del citado autor, en estos casos, sí tendría sentido gravar estas distribuciones de prima de emisión como rentas procedentes de la transmisión de valores, sobre las que la Ley exigirá precisamente el cumplimiento de los requisitos en todos los ejercicios de tenencia de la participación.

La DGT ha resuelto la problemática de la prima de emisión en varias consultas¹³¹ que incluyen el siguiente párrafo, que parte de la redacción del artículo 17.6 de la LIS:

"Teniendo en cuenta que la distribución de la prima de asunción o emisión se asimila al tratamiento fiscal procedente a una reducción de capital con devolución de aportaciones, dicha renta se debe entender asimilada a la renta derivada de la transmisión de participaciones y no a una distribución de dividendos, en la medida en que esa prima de asunción se equipara a las plusvalías latentes que posee la entidad, de manera que esa renta parece equipararse al tratamiento correspondiente a las rentas derivadas de la transmisión de participaciones y no a los dividendos."

¹³¹ Por ejemplo, las consultas V2435-15, de 31 de julio, V5218-16, de 7 de diciembre y V1358-20, de 12 de mayo.

En nuestra opinión, concluir que el régimen fiscal de una renta está condicionado por el apartado del artículo 17 en el que se incluye constituye un criterio insuficiente que no atiende a la verdadera naturaleza de las rentas distribuidas en cada caso concreto.

En resumen, tanto por expresa disposición legal (el artículo 21.3) para las devoluciones de capital, como por la doctrina de la DGT comentada, para las devoluciones de prima de emisión, estas rentas no pueden considerarse como participaciones en beneficios, sino como rentas procedentes de la transmisión de participaciones, y cumplir con el resto de requisitos existentes en el artículo 21 para estas rentas.

Sin embargo, al actuar así, el legislador y la DGT han creado de facto una discriminación de los socios no residentes dado que, como señalábamos antes, por aplicación de los artículos 13.3 y 24.1 y 4 del TRLIRNR, que remiten a los artículos 25 y 33 de la LIRPF, estos socios deberán calificar la renta recibida como dividendos, y, en caso de que la misma sea por un importe equivalente al incremento neto de las reservas no distribuidas, tributar por la totalidad de la renta, circunstancia que como hemos dicho no se da en las entidades residentes que tributan únicamente por el exceso sobre el coste de adquisición, en su caso.

Esta discriminación sería contraria a las libertades de circulación de capitales y/o establecimiento del TFUE, dado que resultaría en un peor trato del socio no residente (que tributaría de inmediato por los "dividendos" obtenidos) frente al socio residente (que obtendría un diferimiento de tributación al reducir su coste de adquisición a efectos fiscales). Es cierto que esta discriminación se podría evitar en el caso de residentes en la UE, dado que la calificación

como dividendo debería llevar consigo la aplicación de la exención del artículo 14.1 h) de la LIS¹³², pero ello no eliminaría la vulneración de la libertad de circulación de capitales para inversores no residentes en la UE, o incluso para residentes en la UE que no cumplan con los requisitos de la exención (p.e. por no tener una forma jurídica prevista en el Anexo de la Directiva o por tener una participación inferior al 5 por ciento o los 20 millones de euros de coste de adquisición durante los años 2021 a 2025 para participaciones adquiridas antes del 1 de enero de 2021).

Como conclusión a todo lo anterior y para evitar posibles supuestos de discriminación, *de lege ferenda* propondríamos modificar este tratamiento y considerar las devoluciones de prima de emisión o de aportaciones de socio como una participación en beneficios cuando se corresponda, real o económicamente, con una distribución de reservas gravadas y aplicar un régimen dual, equivalente al previsto en la LIRPF.

2.3.3. Las rentas recalificadas como dividendos o participaciones en beneficios

Otra cuestión que la LIS no aborda es el tratamiento fiscal aplicable a las rentas obtenidas en otros países pero que a efectos de la normativa fiscal de los mismos han sido calificadas como dividendos obtenidos por el contribuyente español. Suele ser el caso, por ejemplo, de ajustes secundarios por operaciones vinculadas o casos de subcapitalización.

¹³² Así se reconoce por la DGT, por ejemplo, en la consulta V4415-16, de 14 de octubre.

Como señalábamos en el epígrafe 2.3.1. anterior, de acuerdo con la interpretación del Tribunal Supremo, la calificación de una renta como un "dividendo o participación en beneficios" a efectos del artículo 21 del TRLIS debe realizarse desde una perspectiva española, sin aceptar necesariamente la calificación extranjera. Por ello, inicialmente podría pensarse que, dado que este tipo de rentas no proceden, desde un punto de vista mercantil, de una distribución de beneficios, no deberían tener cabida en el concepto de dividendos o participaciones en beneficios de la LIS.

No obstante, en nuestra opinión, la cuestión no es tan sencilla. No debemos olvidar que tanto los ajustes por operaciones vinculadas como los intereses recalificados como dividendos por aplicación de la normativa de subcapitalización tienen (o han tenido, en el caso de la subcapitalización) un tratamiento fiscal específico, bajo el que en determinadas circunstancias estas rentas se han venido considerando como dividendos. Y como tales, si existe un tratamiento fiscal específico en España, el mismo debería prevalecer frente a su tratamiento mercantil.

En relación con estas rentas, hay que tener presente que: (i) las rentas recalificadas por ajustes por operaciones vinculadas lo habrán sido precisamente por una inadecuada asignación del beneficio entre las partes de dicha operación (al menos en la opinión de la Administración que realiza el ajuste o incluso de la propia Administración española en los casos resueltos a través de un acuerdo amistoso); y (ii) los ajustes de subcapitalización pretenden corregir la verdadera naturaleza de unos intereses satisfechos en exceso a los socios de la sociedad, calificándolos precisamente como participaciones en beneficios.

Procede, por tanto, realizar un análisis más exhaustivo de estos supuestos para confirmar si desde una perspectiva fiscal estas rentas podrían ser similares a las de los dividendos o participaciones en beneficios del artículo 21.2 y, por tanto, si deberían ser consideradas como rentas aptas a los efectos de la aplicación de la exención del apartado 1 de dicho artículo.

2.3.3.1. Los ajustes por operaciones vinculadas realizados por administraciones extranjeras

Cuando una administración de otro país ajusta el valor convenido en una operación vinculada entre dos entidades, lo que está haciendo es redistribuir el reparto de beneficios previamente acordado por dichas entidades. Al actuar así, la administración en cuestión realizará, al menos, un "ajuste primario", la corrección del valor convenido en cuestión, y, en su caso, un "ajuste secundario", consistente en recalificar las operaciones conforme a su verdadera naturaleza y otorgarles el tratamiento fiscal adecuado para cada parte.

En este último caso, cuando la operación vinculada se haya realizado entre un socio y una entidad participada y haya beneficiado al primero (por ejemplo, en un pago de un precio superior al de mercado), la recalificación de la operación podría llevar a considerar que el socio había obtenido un dividendo o participación en beneficios. Este es de hecho el criterio adoptado en el apartado 11 a) del artículo 18 de la LIS y que fue incorporado en nuestro ordenamiento en el

antiguo artículo 16.8 del TRLIS por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre¹³³:

"11. En aquellas operaciones en las que se determine que el valor convenido es distinto del valor de mercado, la diferencia entre ambos valores tendrá, para las personas o entidades vinculadas, el tratamiento fiscal que corresponda a la naturaleza de las rentas puestas de manifiesto como consecuencia de la existencia de dicha diferencia.

En particular, en los supuestos en los que la vinculación se defina en función de la relación socios o partícipes-entidad, la diferencia tendrá, con carácter general, el siguiente tratamiento:

(...)

a) Cuando la diferencia fuese a favor del socio o partícipe, la parte de la misma que se corresponda con el porcentaje de participación en la entidad se considerará como retribución de fondos propios para la entidad y como participación en beneficios para el socio. La parte de la diferencia que no se corresponda con aquel porcentaje, tendrá para la entidad la consideración de retribución de fondos propios y para el socio o partícipe de utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con

¹³³ La normativa sobre operaciones vinculada existente previamente, esto es, los artículos 16 de la LIS de 1995 y del TRLIS (en su versión inicial), tenía una redacción muy diferente a la del actual artículo 18 de la LIS y, de hecho, no incorporaba referencia alguna al ajuste secundario. Inicialmente, y hasta la modificación introducida por la Ley 36/2006, la norma únicamente autorizaba a la Administración a valorar por su valor normal de mercado las operaciones realizadas por partes vinculadas con base en otro valor cuando las valoraciones adoptadas por el contribuyente supusiesen un perjuicio recaudatorio para la Hacienda Pública, rectificando las bases imponibles afectadas, pero no se refería de forma específica a ninguna obligación del contribuyente en este sentido.

lo previsto en el artículo 25.1.d) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.”

La cuestión que se plantea es si un ajuste secundario realizado por una administración extranjera en la que se considera que una entidad residente en España ha obtenido un dividendo permite la aplicación de la exención por doble imposición económica en nuestro país¹³⁴.

Podría pensarse que un funcionamiento correcto de los ajustes de precios de transferencia debería evitar *per se* la posible existencia de doble imposición económica y, por tanto, cualquier discusión sobre la aplicación del artículo 21 del

¹³⁴ A pesar de la redacción legal existente antes de la Ley 36/2006, la doctrina española de la época consideraba que, dado que la operación vinculada tenía por objeto transferir beneficios de una sociedad a otra, cuando la Administración practicaba los correspondientes ajustes a las bases imponibles, y la operación beneficiaba al socio, la cantidad resultante del ajuste debía recibir la consideración y el tratamiento fiscal propio de los dividendos. Cfr. ESTEVE PARDO, M.L., *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 122; AGULLÓ AGÜERO, A. y ESTEVE PARDO, M.L., *Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas*. En VV.AA. "Presente y futuro de la imposición directa en España". AEDAF, Edit. Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 604; AGULLÓ AGÜERO, A., *Operaciones vinculadas*. En VV.AA. "Estudios sobre el Impuesto de Sociedades". Edit. Comares, Granada, 1998, págs. 170 y 183; y GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar... op. cit.*, págs. 615 - 616. Una opinión similar sostiene SANZ GADEA, E., *Impuesto sobre Sociedades... (2004)*, *op. cit.*, págs. 941-942 y 1348 al considerar que las operaciones en favor del socio pueden dar lugar a dividendos, pero no obstante lo anterior considera que no podían estar exentas "porque no son dividendos o participaciones en beneficios de acuerdo con las normas mercantiles españolas". Sin embargo, como correctamente apuntaba GARCÍA PRATS la norma española no preveía expresamente ninguna recalificación de la renta, sino que sólo autorizaba a la Administración para realizar los ajustes que correspondiesen. Por ello no parecía que hubiera base suficiente para que los ajustes realizados por otras administraciones pudieran calificarse de "dividendos o participaciones en beneficios" y debían seguir revistiendo la calificación de las rentas que las originaron. Cfr. GARCIA PRATS, A., *Comentarios al artículo 9 MC OCDE*. En "Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España", Fundación Pedro Barrié de la Maza, IIEG, 2004, págs. 566-567.

TRLIS. Ello sería así por cuanto al ajuste primario en otro país le debería seguir, en principio, un ajuste de signo contrario en España, y ese ajuste de signo contrario ya eliminaría la doble imposición económica que surgiría por el ajuste primario original¹³⁵. Sin embargo, no debemos olvidar que aún en este caso, la entidad española socia podría haberse beneficiado de su posición como tal, recibiendo de facto una distribución de beneficios que no le habrían correspondido y el artículo 18.11 de la LIS obligaría a dar un tratamiento fiscal adecuado a dicha situación¹³⁶.

Recordemos además que las cuestiones de valoración de operaciones vinculadas internacionales suelen ser polémicas por definición, y la propia normativa internacional aplicable (el artículo 9.2 del MCOEDE) no obliga a los Estados a practicar los ajustes de signo contrario, lo que puede llevar a que se consolide la situación de doble

¹³⁵ Por ejemplo, tomemos una prestación de servicios por importe de 1.000 um por parte de una entidad española a una filial extranjera. Si la administración fiscal extranjera concluyera, por ejemplo, que el servicio no se había producido y negara la deducibilidad de las 1.000 um a la empresa extranjera (ajuste primario), surgiría doble imposición económica dado que esas 1.000 um habrían sido gravadas en España. Sin embargo, si España aceptara el ajuste primario realizado por el otro Estado y practicara un ajuste de signo contrario, reduciendo los ingresos (y beneficios) de la entidad española en igual cantidad a la denegada por el otro Estado, esa doble imposición económica no se produciría.

¹³⁶ No es nuestra intención abordar aquí un supuesto tan complejo como la automaticidad o no del ajuste secundario en la normativa del Impuesto sobre Sociedades, cuestión que excede del ámbito de este trabajo. Baste decir únicamente que si bien la redacción del artículo 18.11 de la LIS se expresa en términos inequívocos sobre la automaticidad, esta ha sido una cuestión ampliamente debatida tanto por la doctrina (cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Los ajustes secundarios en la nueva regulación de las operaciones vinculadas*. Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, núm. 316, 2009, págs. 37 y ss. y más recientemente, y ya bajo la LIS de 2014, FERRER VIDAL, D., *Análisis jurídico de algunos de los aspectos más controvertidos del ajuste secundario: un camino interpretativo en evolución*. Crónica Tributaria, nº 175/2020, págs. 59 y ss.) como en los propios Tribunales españoles, dando lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2014 (Recurso nº 8/2009, ECLI:ES:TS:2014:3075), en la que se negaba expresamente el presunto automatismo bajo la redacción del TRLIS, pero que no parece haberse tenido en cuenta por el legislador de la LIS de 2014.

imposición económica por una operación en la que otro Estado considera que una entidad residente en España ha obtenido una renta equivalente a un dividendo o participación en beneficios.

Es cierto que, como señalábamos en el epígrafe 2.3.1. de este mismo capítulo, la calificación de las rentas obtenidas en el extranjero debe realizarse bajo la normativa española, pero como ya hemos avanzado, eso debe ser siempre y cuando no exista una calificación específica bajo la normativa fiscal. Y eso es precisamente lo que ocurre bajo el artículo 18.11 de la LIS. Por tanto, en este caso, creemos que el contribuyente español podría ampararse en este artículo para practicar una rectificación de su autoliquidación, con base en la recalificación de sus rentas realizada por el otro Estado.

En conclusión, en nuestra opinión, dado que con la LIS existe base legal para calificar como participaciones en beneficios parte de la renta obtenida por un socio, residente o no residente, igual tratamiento debería darse cuando el ajuste se haya producido en un tercer Estado y las "participaciones en beneficios" se hayan obtenido por una entidad residente fiscal en España, que fuera socia de la entidad en la que se practicó el ajuste (única situación prevista en la Ley), aplicándole por tanto la exención del artículo 21 si se cumplen los requisitos para ello¹³⁷. Nótese, además, que no

¹³⁷ En idéntico sentido, cfr. FERRER VIDAL, D., *Las operaciones vinculadas: el ajuste secundario*. Edit. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, recurso electrónico, Capítulo III, sección 3.1. Esta autora además considera, en nuestra opinión acertadamente, que el método de exención del artículo 21 debería ser de aplicación también para aquella parte de la renta extranjera que excediera del porcentaje de participación concreto del contribuyente español en la filial no residente y que el artículo 18.11 considera como "utilidad percibida de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o partícipe de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.1.d) de la Ley 35/2006" (LIRPF), en la medida

reconocer el ajuste secundario de otra jurisdicción podría resultar en una vulneración del Derecho de la Unión Europea en aquellos casos en los que la entidad filial en cuestión fuera residente en cualquiera de los Estados miembros o en el Espacio Económico Europeo, o incluso en un tercer Estado, por aplicación de la libertad de circulación de capitales del artículo 63 del TFUE cuando la participación no conceda el control de la filial en cuestión.

2.3.3.2. Los intereses recalificados en dividendos por aplicación de normas de subcapitalización

Las normas de subcapitalización, de amplia tradición en España desde su introducción en 1991 en el artículo 16.9 de la LIS de 1978 hasta su derogación por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, son normas anti-abuso que pretenden evitar la elusión fiscal que se produce cuando una filial se endeuda con su matriz (o con una persona o entidad vinculada a la misma) en una cantidad mayor de lo que le hubiera permitido una tercera parte independiente.

El objetivo de esta conducta suele ser deducir los intereses, reduciendo la base imponible en países con tipos de gravamen superiores al del país prestamista, y al mismo tiempo retribuir a la matriz (o a la persona o entidad interpuesta) los capitales invertidos, consiguiendo pues un doble beneficio, inexistente si la retribución se realizara vía dividendos ya que estos no deben constituir un gasto deducible y obteniendo así un ahorro fiscal por el desplazamiento de beneficios al prestamista a un tipo global más reducido.

en que el otro Estado hubiera considerado toda la remuneración como un dividendo, por existir doble imposición económica. *Ibidem*, Capítulo III, sección 6.2.

El sustrato mercantil de la operación no puede ser más simple: un contrato de préstamo. Sin embargo, las normas del Derecho tributario van más allá y tratando de evitar conductas de elusión fiscal, ordenan la recalificación a efectos fiscales de los intereses de dicho contrato (o de una parte de los mismos) en "dividendos". El contrato sigue existiendo bajo la misma forma jurídico-privada que tenía originariamente, y las rentas del mismo siguen siendo intereses bajo Derecho privado, pero el Derecho tributario en uso de su autonomía calificadora actúa sobre la obligación principal del prestatario, modificando su naturaleza jurídico-tributaria, calificándolas como participaciones en beneficios.

La recalificación se produce cuando la ratio "capital social/endeudamiento" del deudor excede de un determinado porcentaje fijado en cada Estado (enfoque objetivo) o cuando la operación no respeta unas determinadas circunstancias de financiación (enfoque subjetivo), y suele tener dos consecuencias¹³⁸: incrementa los beneficios del deudor (la entidad residente pagadora) al que se prohíbe que se deduzca los intereses de su base imponible (ya que, en puridad, son una remuneración de los fondos propios) y, además, se atribuye al acreedor no residente vinculado con el deudor la percepción de dividendos, sujetos a la retención aplicable a los mismos y ello además, tenga o no tenga la condición de socio del deudor.

La cuestión que suscitan estas normas es similar a la ya comentada para los ajustes por operaciones vinculadas en el epígrafe anterior: si España debería aceptar la

¹³⁸ Cfr. VOGEL, K., *Klaus Vogel on Double Taxation... op. cit.*, pág. 736.

recalificación legal de dividendos realizada por un tercer Estado, de modo que las rentas percibidas por una sociedad española cualificaran a efectos de la exención del artículo 21 de la LIS.

La primera mención a la normativa de subcapitalización en el ordenamiento español se realizó en la disposición adicional quinta de la Ley 18/1991, del IRPF que, como decíamos antes, la introdujo en el artículo 16.9 de la LIS de 1978, con una norma de estructura similar a la expuesta, pero sin ninguna referencia al tratamiento de los intereses recalificados en otros países.

Esta cuestión se resolvió, inicialmente, en el artículo 23.2 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, establecía que el régimen de la Directiva matriz-filial (en aquel momento únicamente la deducción del impuesto subyacente, pero no la exención) se utilizase también en los casos en que los intereses percibidos por una matriz española fueran recalificados en dividendos por un Estado Miembro. La norma imponía dos condiciones: existencia de reciprocidad en el otro Estado Miembro y que la recalificación cumpliera con las condiciones del citado artículo 16.9 de la LIS de 1978.

Sin embargo, el párrafo 27 de la disposición derogatoria única de la LIS de 1995 derogó los Títulos I y II (y por tanto el artículo 23) de la Ley 29/1991, sin introducir regla alguna al respecto, a pesar de que el párrafo 1 del artículo 20 de la LIS de 1995 y del TRLIS continuaban señalando que los intereses que cumplieran las condiciones allí reseñadas *"tendrán la consideración de dividendos"*. Esta mención hacía que se pudiera sostener que cuando el responsable de la

recalificación era un tercer Estado, las rentas en cuestión podían ser consideradas como dividendos a efectos de la normativa de eliminación de la doble imposición económica internacional¹³⁹, si bien lo cierto es que ya no existía disposición legal expresa al respecto.

Esta situación podría haberse visto solucionada (al menos en lo referente al seno de la UE) si la Directiva relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, Directiva 2003/49/CEE del Consejo, de 3 de junio (comúnmente conocida como la Directiva de intereses y cánones entre empresas asociadas) hubiera sido aprobada en su versión original, ya que su artículo 4 preveía en su

¹³⁹ De hecho, buena parte de la doctrina de la época aceptaba esta aplicación de las normas para evitar la doble imposición económica internacional para los intereses recalificados como consecuencia de la aplicación de una norma de subcapitalización cuando coincidían las condiciones de prestamista y socio. En este sentido, cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional en los Convenios de Doble Imposición y en la Unión Europea*. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 243; ERNST & YOUNG, *Análisis... op. cit.*, págs. 311-312 y 430, y CARREÑO, F., *Deducción para evitar la doble imposición internacional (artículos 29, 29bis, 30 y 30bis de la LIS)*. En VV.AA. "Comentarios al Impuesto sobre Sociedades..." *op. cit.*, pág. 1185; En el ámbito internacional, cfr. FANTOZZI, A. y MANGANELLI, A., *Directive implementation leaves EC... op. cit.*, pág. 315; MANGANELLI, A. *The degree of harmonization... op. cit.*, págs. 41 y 42; EASSON, A.J., *Taxation in the European Community*. Edit. The Athlone Press, Londres, 1993, pág. 205; y TERRA, B. y WATTEL, P. *European... op. cit.*, págs. 253 y 254. En contra, VANISTENDAEL, F., *The implementation of the Parent/Subsidiary Directive... op. cit.*, pág. 604. Especialmente interesante era la opinión de PÉREZ DE AYALA, quien al analizar el tratamiento de los intereses recalificados como dividendos en otro Estado con el que no existía convenio de doble imposición, entendía que el artículo 20 de la LIS de 1995 tenía un doble ámbito de actuación en el sentido de que "obviamente el propio artículo 20 de la Ley 43/1995 (si bien -creemos- pensado para la infracapitalización internacional de las entidades residentes en España) puede aplicarse también al supuesto contrario, esto es a las entidades o personas residentes en España que financian en subcapitalización a una entidad residente en otro Estado". Cfr. PÉREZ DE AYALA, J.L., *El marco fiscal de la subcapitalización de las empresas*. En "XIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario". Libro 3°. Edit. Asociación Fiscal Portuguesa, Lisboa, 1998, pág. 95. Siguiendo su razonamiento, el artículo 20 de la LIS de 1995 habría justificado la recalificación en dividendos de los intereses recibidos por una residente española procedentes de una filial subcapitalizada.

último apartado que los intereses recalificados como dividendos pudieran beneficiarse de las normas de aplicación de la Directiva matriz-filial; es decir, que el Estado de residencia del prestamista estuviera obligado a aceptar la recalificación en dividendos realizada por el Estado fuente de las rentas¹⁴⁰. Sin embargo, este párrafo desapareció durante las deliberaciones posteriores y, como decimos, la normativa del IS bajo el TRLIS nunca abordó esta cuestión¹⁴¹.

Desafortunadamente, pues, nada en la LIS permite sostener que los intereses recalificados en dividendos en otros países deban estar exentos.

Podría pensarse en encontrar argumentos al respecto en el Informe de la OCDE de 26 de noviembre de 1986 sobre subcapitalización (párrafo 86), luego incorporado a los párrafos 67 y 68 de los Comentarios al artículo 23B MCOCDE, (es decir al método de imputación para eliminar la doble imposición¹⁴²). Sin embargo, como veremos, estos párrafos no

¹⁴⁰ Cfr. Propuesta de Directiva del Consejo 98/C 123/07.

¹⁴¹ En opinión de CALDERÓN CARRERO, la doble imposición económica internacional resultante de la no admisión de la recalificación realizada por el Estado fuente de las rentas debía resolverse recurriendo al "Convenio relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas" (90/436/CEE), ya que en última instancia tanto las normas sobre precios de transferencia y las normas de subcapitalización tienen el mismo propósito: asegurar la tributación correcta de las rentas de las entidades residentes, conforme al principio de plena concurrencia (*arm's length*), y además, el artículo 4.1 del mencionado Convenio (de redacción idéntica al artículo 9.1 MCOCDE) habla de relaciones comerciales o financieras. Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los Convenios de Doble Imposición y con el ordenamiento comunitario*. Crónica Tributaria, nº 76, 1995, págs. 31 y 32. En igual sentido, MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. y CALDERÓN CARRERO, J.M., *La exención en favor de los beneficios distribuidos... op. cit.*, pág. 201.

¹⁴² Los Comentarios específicos al artículo 23A (método de exención) no contienen ningún párrafo relativo a este supuesto, ya que el mencionado precepto opta, en su apartado segundo, por aplicar el método de imputación a los dividendos, intereses y cánones. Se trata pues de una cuestión a dilucidar al analizar el método de imputación, que exige que el Estado de residencia realice operaciones de calificación y

tienen la suficiente fuerza como para imponerse a la falta de concreción de la LIS en este sentido.

El párrafo 67 de los Comentarios, cuya redacción no ha variado desde el citado Informe, dice así:

"En las situaciones de subcapitalización, el convenio Modelo permite al Estado de la sociedad prestataria, bajo determinadas circunstancias, tratar un pago de intereses como distribución de dividendos, conforme a su legislación interna; la condición esencial es que el prestamista de los fondos comparta efectivamente los riesgos incurridos por la sociedad prestataria..."

Cuando se hayan dado esas circunstancias, según el párrafo 68 de los Comentarios, el Estado de residencia del prestamista debería aceptar la calificación de las rentas realizada por el Estado de residencia del prestatario y aplicar por tanto el método de imputación previsto en el convenio o cualquier "desgravación adicional que resulte del régimen matrices-filiales", obligación que puede provenir¹⁴³ de:

- a) la redacción del artículo equivalente al artículo 23 MCOCDE en cuanto elimina la doble imposición de dividendos y los "intereses recalificados" se consideren dividendos por el artículo 10 (o su equivalente); o

cuantificación de la renta extranjera, que podrían tener resultados diferentes a las del Estado de la fuente.

¹⁴³ La redacción de los párrafos 64 y 86 a) del Informe de 1986 sobre subcapitalización era más tajante que la actual, ya que señalaba que "el país de residencia del prestamista estaría, en ciertos casos, claramente obligado por el Convenio a eliminar la doble imposición como si el pago fuera, de hecho, un dividendo".

- b) cuando el artículo 10 no incluya una definición de dividendos, de una interpretación sistemática del convenio, de cualquiera de las siguientes circunstancias: si (1) las normas de subcapitalización están en la línea de los artículos 9.1 (y el Estado de residencia consiente en realizar el ajuste complementario del artículo 9.2) u 11.6 MCOCDE; (2) el Estado del prestamista aplicaría sus normas de subcapitalización a un supuesto similar (principio de reciprocidad), o simplemente (3) si considera correcta la recalificación.

Sin embargo, la redacción del párrafo 68 de los Comentarios, aparte de que sólo sería exigible en aquéllos casos en que medie un convenio de doble imposición con el Estado en cuestión, carece de fuerza. La redacción inglesa utiliza los términos "debería" (*should*) y "la obligación puede resultar" (*this obligation may result*), lo que deja a cada Estado en libertad de decidir si acepta o no la calificación del Estado de residencia del prestatario/filial. La OCDE ha sido tan consciente de la poca fuerza de sus afirmaciones, que ha incluido en el texto de este párrafo 68 una expresión señalando que, si fuera necesario, podría recurrirse al procedimiento amistoso (artículo 25 MCOCDE).

En el caso concreto español, todos los convenios contienen una definición de dividendos con redacción similar o idéntica a la estándar del modelo OCDE, incluyendo el concepto de dividendo del artículo 10.3, por lo que debería haber sido de aplicación el párrafo a), y podría sostenerse que, en aquellos casos en los que exista un convenio de doble imposición aplicable y el Estado de la fuente haya recalificado la renta como dividendos, España deberá tratar los "intereses" como dividendos a efectos del método de

eliminación de la doble imposición previsto en el artículo correspondiente.

Cuestión distinta, por supuesto es si la recalificación de la renta en dividendos realizada por un convenio de doble imposición obliga a la normativa interna a aplicar la exención del artículo 21 de la LIS. Esta cuestión enlaza con las consideraciones que sobre el papel de los convenios de doble imposición y su relación con el Derecho interno realizaremos en el Capítulo IV de esta obra en mayor profundidad, pero no queremos dejar de apuntar que, como ya hemos anticipado en el epígrafe 2.3.1. de este mismo capítulo al comentar las sentencias del Tribunal Supremo sobre el híbrido australiano y los JSCP, la respuesta debe ser negativa. Ello se debe a que la única obligación que derivará del convenio sería la de considerar a dichos intereses como dividendos, a los efectos de aplicar el método de eliminación de la doble imposición previsto en el propio convenio, y éste, con la única excepción del convenio con Brasil, parte siempre del método de imputación y no de exención. Otra cosa distinta sería, por supuesto, que esa recalificación fuera aceptada expresamente bajo la normativa interna, algo que a fecha de hoy ya no existe desde que en 2012 se derogó la normativa de subcapitalización.

En conclusión, nada ni en la normativa internacional tributaria (quitando el excepcional caso brasileño) ni en la propia LIS permite considerar que la renta recalificada como dividendos por otro país por un ajuste de subcapitalización deba ser aceptada como tal a efectos de la exención del artículo 21.2 de la LIS.

Aunque a estos efectos podría invocarse la aplicación del principio de calificación del artículo 13 de la Ley General

Tributaria ("LGT"), para aplicar la exención directamente en virtud de la verdadera naturaleza de dividendos o participaciones en beneficios de estas rentas, lo cierto es que esta solución no otorgaría mucha seguridad jurídica y lo más posible es que se encontrara con una posición contraria de la administración en caso de tratar de rectificar una autoliquidación previa sobre esta base.

En nuestra opinión, se trata de una omisión que debería ser corregida, en una eventual reforma de la Ley que los considerara como "participaciones en beneficios" en la medida en que esta recalificación haya podido generar doble imposición económica en miembros del mismo grupo de sociedades del artículo 42 del Cco. A estos efectos, *de lege ferenda* creemos que debería incluirse en la norma una redacción con un enfoque similar al del antiguo artículo 23.2 de la Ley 29/1991, que permitiera la aplicación de la exención en caso de tratamiento recíproco en el otro Estado.

2.3.4. Las cuentas en participación

Otra renta sobre la que el legislador no se ha pronunciado, pero que podría ser calificada de "participación en beneficios" son las procedentes de los contratos de "cuentas en participación", regulados en los artículos 239 y ss. del Cco:

"Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que convinieren, y haciéndose partícipes de sus resultados prósperos o adversos en la proporción que determinen."

Como puede apreciarse, aunque no se trata expresamente de un supuesto de participación en el capital social o los fondos propios, este tipo de negocio jurídico presenta muchos rasgos similares a estas participaciones, incluyendo el hecho de que el partícipe no gestor desembolsa capital, recibe una participación en el negocio y asume el riesgo del mismo¹⁴⁴.

A efectos contables, el artículo 19 de la ya citada Resolución del ICAC de 5 de marzo de 2019 establece que los rendimientos de estos contratos se consideran como gastos o ingresos de la explotación económica del partícipe no gestor (y por tanto no podrían cualificar como ingresos procedentes de instrumentos de patrimonio o dividendos). Sin embargo, el apartado 2 de este mismo artículo admite el tratamiento de las cantidades percibidas por el gestor como "otros instrumentos de patrimonio neto" cuando el acuerdo permita al partícipe no gestor participar proporcionalmente en los activos netos de la sociedad en el momento de la liquidación.

En otras palabras, contablemente podría darse el caso de que los rendimientos de estos contratos cualificaran como rendimientos de instrumentos de patrimonio a efectos contables.

Podría alegarse que como señalábamos en el epígrafe 2.2.1.2. anterior, el legislador fiscal se ha separado del concepto contable de dividendos y adoptado una posición autónoma al respecto, por lo que no tendría por qué seguir al legislador contable. Sin embargo, este argumento ignoraría que dicha

¹⁴⁴ La similitud es tal que no debemos olvidar que el artículo 22.2 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, equipara a estos negocios a sociedades a efectos del gravamen en la modalidad de operaciones societarias.

disociación se predica únicamente para los ingresos "derivados de valores representativos del capital o los fondos propios" y el negocio de cuenta en participación es un mero contrato entre dos partes que no se instrumenta en valores¹⁴⁵.

Lo cierto es que las características mercantiles y contables de los contratos de cuenta en participación deberían situarlos entre los instrumentos híbridos. En la práctica, además, hay que tener en cuenta que son ampliamente conocidos en el ámbito internacional por lo que esos rasgos híbridos podrían propiciar un tratamiento fiscal distinto en varios países¹⁴⁶. En consecuencia, en nuestra opinión, el legislador fiscal debería haberles otorgado un tratamiento similar al de los préstamos participativos (que también son considerados a efectos contables como pasivos financieros) incluyéndolos dentro del apartado 2 del artículo 21 en un apartado propio (o en su caso en el apartado correspondiente a los préstamos participativos). O, en otras palabras, debía haber extendido la condición de "participación en beneficios" (y la consiguiente regla de no deducibilidad del

¹⁴⁵ Y ello aparte de que, como hemos señalado en el epígrafe 2.2.1.2., la DGT parece haber adoptado un enfoque relativo de la disociación entre normativa mercantil societaria y normativa mercantil contable.

¹⁴⁶ Contratos con regímenes similares se pueden encontrar en diversos países hispanoamericanos como Argentina (artículos 1448 y ss. del Código Civil), Chile (artículos 507 y ss. del Código de Comercio), Colombia (artículos 507 y ss. del Código de Comercio), Costa Rica (artículos 663 y ss. del Código de Comercio), Venezuela (artículos 359 y ss.) o incluso en otros países de nuestro entorno como Italia (artículos 2549 a 2554 del Código Civil) o Alemania (artículos 230 y ss. del Código de Comercio). A efectos internacionales se las suele conocer con el término "*silent partnerships*". Un análisis exhaustivo de estos contratos en los países anteriores y su naturaleza híbrida excede del ámbito de este trabajo, pero pueden consultarse, por ejemplo, el clásico trabajo de AVERY JONES sobre *partnerships*, *Characterization of other states' partnerships for income tax*. Bulletin for International Taxation, 2002, Vol. 56, n° 7, págs. 288 y ss. y más específicamente sobre las cuentas en participación italiana y alemana, GALLI, C., *Silent partnerships in international tax planning*. International tax report, London, febrero 2000, págs. 1 a 5; y LIPP, M., *The German silent partnership*. European Taxation, n° 7, 2015.

artículo 15 a) de la LIS) a los rendimientos procedentes de contratos de cuenta en participación al menos en los casos en los que los mismos se suscriban con entidades del mismo grupo de sociedades del artículo 42 del Cco.

2.3.5. Otras rentas

Para concluir, debemos resaltar el trabajo de LÓPEZ POMBO¹⁴⁷, autor que ha realizado un completo análisis del apartado a) del artículo 21.2 de la LIS, resaltando especialmente cómo la norma se ha quedado muy corta en la definición del concepto de dividendos.

Así, este autor acertadamente resalta que ni la norma ni la interpretación administrativa ofrecen respuesta respecto del tratamiento de las acciones o bonos de disfrute¹⁴⁸, institución típica en el Derecho Comparado, hasta el punto de que el propio artículo 10.3 del MCOCDE los incorpora dentro del concepto de dividendo. Como tales, estas rentas, percibidas como consecuencia de una participación anterior (pero no actual) en el capital de una entidad son susceptibles de producir doble imposición económica, por lo que deberían estar expresamente incluidas en la definición de dividendos¹⁴⁹ (aunque es cierto que la redacción legal de estos requisitos, que analizaremos en el próximo capítulo, no ayuda al requerir la posesión de una participación en el capital o los fondos propios). A lo anterior, añadimos nosotros que en los casos en los que se haya producido una

¹⁴⁷ LÓPEZ POMBO, D. *Corrección de la Doble Imposición... op. cit.*, págs. 403 y ss.

¹⁴⁸ En el ámbito español, estos valores se hallan regulados en el artículo 341 del TRLSC, que prevé que se pueden entregar a los socios titulares de acciones amortizadas en una reducción de capital y que pueden suponer la percepción de cantidades durante un determinado número de años.

¹⁴⁹ En este mismo sentido, cfr. LUCAS DURÁN, M., *Los dividendos e intereses... op. cit.*, pág. 760.

amortización parcial de acciones y el contribuyente conserve todavía una participación en el capital, así como bonos de disfrute, los porcentajes y antigüedades de ambos valores deberían computarse conjuntamente a los efectos del cumplimiento de los demás requisitos de la exención.

Continuando con el análisis de LÓPEZ POMBO, este autor no considera "dividendos" a estos efectos otras rentas típicas de la condición de socio, como serían las ventajas de los fundadores de sociedades anónimas (más asimilables en realidad a una retribución por servicios históricos), los dividendos que se corresponden con reservas presentes en el coste de adquisición de la participación (por aplicación, de la NRV 9, apartado 2.8 del PGC de 2007¹⁵⁰ que obliga a tratar estas rentas como una reducción del coste de adquisición del activo en cuestión) o las participaciones preferentes emitidas en otros países (en nuestro caso las que puedan ser similares a las emitidas conforme a la disposición adicional primera de la Ley 10/2014, de 26 de junio), dado que realmente constituyen una remuneración por la cesión de capitales y no por participación en fondos propios.

A las mismas habría que añadir también los dividendos recibidos después de que el socio haya aportado fondos para compensar pérdidas de ejercicios anteriores dado que en opinión de la DGT (consultas V3527-15, de 17 de noviembre y V0269-17, de 1 de febrero). Esa distribución no es sino la compensación de las aportaciones previas, por lo que debería regirse por el artículo 17.6 de la LIS para las reducciones de capital y primas de emisión y, por tanto, no ser considerado como una renta si no se supera el coste fiscal del accionista.

¹⁵⁰ En idéntico sentido se expresa SANZ GADEA, E., *El resultado financiero... (I)*, op. cit., pág. 23.

Como resumen de todo lo anterior, y como ya habíamos venido anticipando, creemos que la redacción del artículo 21 ha quedado muy escasa e imprecisa. Por ello, no podemos sino reiterar que el concepto de dividendo o participación en beneficios debe sufrir una reforma que le permita recoger adecuadamente las rentas generadoras de doble imposición económica.

3. Consideraciones finales: hacia un nuevo concepto de dividendos

Decíamos al principio de este capítulo que bajo el TRLIS existían dos carencias importantes en el ámbito objetivo de la exención de los dividendos de fuente extranjera: la norma de interpretación aplicable y el concepto de dividendos o participaciones en beneficios en sí mismo y que esas carencias debían resolverse bajo la nueva Ley.

En este sentido, es justo reconocer que la reforma llevada a cabo a través de la Ley 27/2014 en el concepto de dividendos o participaciones en beneficios presenta importantes luces y aporta mayor seguridad jurídica. Por ejemplo, por un lado, ensancha significativamente el concepto de "participaciones en beneficios", que ahora incorpora las rentas de préstamos participativos o de valores, diferenciándose ya del concepto estricto de dividendos traído del ámbito mercantil, y, por otro, al precisarse tanto por la Ley como por la doctrina administrativa que no es estrictamente necesario tener la condición de socio para beneficiarse de la exención.

Pero también es necesario resaltar que la reforma continúa con importantes carencias, resueltas sólo a través de la doctrina administrativa o, directamente, pendientes de

resolución. Y es que, en nuestra opinión, el legislador ha perdido la oportunidad de completar la definición con otras rentas, derivadas o no de la condición de socio, pero siempre procedentes de los beneficios de otra entidad, cuya percepción por un contribuyente residente en España genera doble imposición económica.

A ello hay que añadir otra oportunidad perdida. La redacción actual del artículo 21 de la LIS no se pronuncia sobre la (no) aplicabilidad del Derecho mercantil extranjero para definir el término "dividendos" en relación con aquellas rentas que no caigan directamente bajo la definición del apartado 2.

En una cuestión tan importante como es la exención de las rentas de fuente extranjera, este olvido es difícil de explicar. El concepto de dividendos o participaciones en beneficios debería incluir como cláusula de cierre un apartado adicional que hiciera referencia específica a la comparabilidad de los dividendos extranjeros con el concepto mercantil español de dividendos. Este criterio seguiría, precisamente, la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 10 de julio de 2014 y 16 de marzo de 2016 sobre instrumentos híbridos australianos y los JSCP brasileños.

Este criterio de comparabilidad mercantil llevaría también a resolver las cuestiones de comparabilidad que se plantean con los otros tipos de dividendos o participaciones en beneficios, y en particular acerca de un instrumento tan utilizado en la práctica como es el préstamo participativo, que el legislador no ha definido a los efectos de la exención y en el que la única consulta existente hasta la fecha parece permitir una interpretación laxa del concepto.

Sin embargo, lo cierto es que la remisión de la norma a la naturaleza mercantil societaria de los dividendos o participaciones en beneficios, esto es, a si los mismos proceden de una participación en el capital o los fondos propios de una entidad, no parece estar siendo tomada en cuenta por la doctrina administrativa en sus resoluciones. Esta posición administrativa nos hace dudar si de verdad era intención del legislador atender exclusivamente a la naturaleza mercantil societaria, sin tener en cuenta el tratamiento contable, o si realmente el legislador está adoptando una perspectiva más económica (como se advierte, por otra parte, en el tratamiento de los intereses de préstamos participativos intragrupo y de las operaciones de préstamo de valores). Parece que la remisión al tratamiento legal se ha incluido en la norma únicamente para dar cobertura a las acciones sin voto, acciones rescatables e instrumentos similares que, de otra forma, se habrían quedado fuera de la exención como consecuencia de la reforma del Plan General Contable de 2007.

Por otra parte, como decíamos, la definición presenta importantes carencias. Así, no existe referencia expresa a ciertas rentas que soportan doble imposición económica como las primas de asistencia a juntas, los usufructos de acciones (quizá, como decíamos, por entenderlas directamente incluidas en la regla del artículo 21.2 a)) o, más significativamente, los intereses recalificados en un tercer Estado en dividendos (por ejemplo, por la aplicación de alguna regla de subcapitalización extranjera) ni a las rentas de operaciones vinculadas que hayan soportado un ajuste secundario en operaciones en que se beneficiaba al socio residente en España y hayan sido consideradas como dividendos en una tercera jurisdicción.

Podría argumentarse en contra de la consideración de estas últimas rentas como "dividendos o participaciones en beneficios" exentos, sobre la base de que el concepto fiscal parte de la norma mercantil española y de acuerdo con la misma, las rentas de estos ajustes no tendrían dicha consideración. Pero este argumento debe decaer, desde el mismo momento en que el legislador tributario ha ampliado el ámbito objetivo de la exención para incluir rentas de préstamos participativos o incluso las cantidades percibidas de prestatarios en contratos de préstamos de valores que se apartan del concepto mercantil tradicional de dividendos y en las que, adicionalmente, el perceptor no tiene por qué tener la condición de socio del pagador de la misma.

Otra corrección necesaria de la definición se refiere a los contratos de préstamo de valores, cuya redacción puede originar doble imposición económica en ciertos casos. Debería, pues, permitirse la aplicación de la exención al prestatario cuando el prestamista no cumpla con todas las condiciones legales y surja doble imposición económica.

Y finalmente, también debería replantearse la definición de las rentas originadas en una devolución de prima de emisión o en una devolución de aportaciones como rentas procedentes de la transmisión de participaciones, en aquellos casos en los que, económica o realmente, se correspondan con una distribución de reservas gravadas, así como en negocios de cuenta en participación en los que el partícipe ostente un derecho sobre los activos netos del negocio en caso de liquidación o en casos en los que el mismo sea utilizado como un instrumento híbrido.

Como conclusión final, y *de lege ferenda*, creemos que la definición del concepto "dividendos o participaciones en beneficios" del artículo 21 que cualificaría para la aplicación del método de exención debería girar en torno a las siguientes líneas:

- Se considerarán dividendos las cantidades percibidas como consecuencia de una decisión social de distribución de beneficios de una entidad en cuyo capital o fondos propios se ostenta una participación, con independencia de su consideración contable.
- Se considerarán participaciones en beneficios cualesquiera rentas percibidas como consecuencia de una participación en el capital o los fondos propios de cualquier tipo de entidad, sin necesidad expresa de decisión social de distribución (p.e. las primas de asistencia a juntas), así como de negocios jurídicos similares a la participación en beneficios (como los préstamos participativos, los usufructos de acciones, los préstamos de valores, los bonos de disfrute o las cuentas en participación) o, en su defecto, de una recalificación de una renta como una "participación en beneficios", por parte de las autoridades tributarias competentes, españolas o extranjeras, sin que en estos casos sea estrictamente necesaria la condición de socio.
- Cuando los "dividendos o participaciones en beneficios" procedan de una recalificación en un tercer Estado, para la aplicación del método de exención se exigirá que:
 - o La recalificación practicada en el otro Estado haya dado lugar, de forma efectiva, a doble imposición económica;

- o La entidad no residente resida en un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo o un tercer Estado, siempre que en estos dos últimos casos exista un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información y el Estado en cuestión no esté incluido en el listado de paraísos fiscales); y
- o Alternativamente a este último requisito (esto es, si la recalificación se realiza en otro Estado distinto con el que no existe convenio de doble imposición aplicable), el Estado que recalifica las rentas como dividendos o participaciones en beneficios eliminaría la doble imposición económica en su país, en caso de una eventual recalificación española, si el caso fuera el contrario (principio de reciprocidad).

CAPITULO III: REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA EXENCIÓN

El objeto de este capítulo es analizar los requisitos que deben concurrir para que la exención sobre los dividendos resulte aplicable. En este sentido, como ya señalábamos en el capítulo I, los artículos 20bis, 21, 30bis y 130, tanto de la LIS de 1995 como del TRLIS y de la LIS actual han aplicado siempre el método de exención para los dividendos de fuente extranjera, en sus diversas fórmulas.

De un análisis de sus redacciones se aprecia una evolución significativa y una mejora técnica de la norma, si bien en todas ellas existen elementos comunes, empezando porque todas las redacciones, incluida la de la actual LIS, han venido exigiendo siempre el cumplimiento de dos requisitos: (i) una participación mínima, tanto porcentual (5 por ciento), como temporal (1 año), y (ii) una tributación comparable. Por su parte, la LIS añadió además algunas nuevas reglas a la participación mínima (un valor de adquisición mínimo y unas reglas para rentas de participaciones indirectas).

De acuerdo con lo anterior, en los siguientes epígrafes analizaremos de forma separada cada uno de los requisitos de la exención.

1. La existencia de una participación mínima

Este requisito se halla en el apartado a) del artículo 21.1 de la LIS, con la siguiente redacción:

a) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento.

La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas."

Como puede apreciarse, dado que el artículo 91 del TRLSC señala que cada participación o acción confiere a su titular legítimo la condición de socio, al exigir la existencia de una participación mínima, el legislador está asumiendo que estos requisitos son aplicables a los dividendos o participaciones en beneficios que se obtengan por socios de la entidad. Evidentemente, como ya señalamos a lo largo del Capítulo II, este requisito no sería de aplicación cuando la renta en cuestión se obtenga por contribuyentes no socios (p.e. en préstamos participativos o cuentas en participación, en su caso).

La norma contiene, básicamente, dos requisitos, de participación mínima y de periodo de posesión, si bien, como veremos, el primero se puede conseguir de dos formas distintas: (i) a través de la tenencia de un porcentaje de participación mínima; o (ii) a través de un coste de adquisición mínimo, como criterio alternativo al porcentaje de participación, en ciertos casos concretos.

1.1. El porcentaje de participación mínima

La redacción legal es, realmente, muy sucinta:

"a) Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento..."

pero a pesar de ello, la norma sugiere comentarios sobre tres cuestiones concretas: (i) el porcentaje del 5 por ciento; (ii) la participación directa o indirecta; y (iii) el objeto concreto de la participación, que analizamos a continuación.

1.1.1. El porcentaje del 5 por ciento

La norma exige que el porcentaje de participación sea "al menos" del 5 por ciento. Es este el porcentaje tradicional, al menos desde 1996, de la normativa española para eliminar la doble imposición, tanto interna como internacional¹⁵¹ (conjuntamente con el requisito temporal de un año de tenencia). La única justificación de por qué se fijó este porcentaje y no otro, se encuentra fue en una enmienda realizada en el Senado durante la tramitación de la primitiva Ley 43/1995, que reducía su cuantía del 10 al 5 por ciento, con base en que éste era el porcentaje requerido en otros preceptos del mismo Proyecto de Ley¹⁵². No parece una

¹⁵¹ Como apunta SIMÓN YARZA, el origen del requisito de porcentaje de participación mínima tuvo lugar en el artículo 24 de la LIS de 1978, que requería un 25% de participación para permitir la aplicación de la deducción por doble imposición interna. Cfr. *La exención de dividendos...*, op. cit., Sección 3.2.1.

¹⁵² Y, en concreto "los artículos 16.2.m) (Vinculación), 28.2 (Deducción para evitar la doble imposición interna), 75.1.a) (Transparencia fiscal), 103.3 (Régimen especial de fusiones) y artículo 108.1. b) (Aportaciones no dinerarias especiales)". Enmienda número 268 del Grupo Parlamentario Popular (PP) en el Senado. Cfr. Enmienda nº 268, Boletín

justificación muy precisa, máxime si tenemos en cuenta que en ese momento el texto de la única norma internacional sobre eliminación de la doble imposición económica, la Directiva 90/435/CEE, permitía exigir una participación de al menos un 25 por ciento.

Con todo, lo relevante es que ese ha sido el porcentaje de participación requerido desde 1996¹⁵³, tanto para la eliminación de la doble imposición económica interna como internacional que, como ya hemos comentado, se regulaban en preceptos distintos en función del origen, interno o internacional, de las rentas e incluso en los primeros años en función del tipo de entidad que los aplicaba (sociedades de régimen general que aplicaban el artículo 30bis o ETVEs, que aplicaban el artículo 130 de la LIS¹⁵⁴). Esta artificiosa

Oficial de las Cortes Generales, Senado, 31 de octubre de 1995, Serie A, nº 95, pág. 175.

¹⁵³ A título anecdótico, puede resaltarse que el principal cambio en el requisito de participación mínima fue ortográfico. Las redacciones anteriores a 2004 citan el requisito como "5 por 100", mientras que a partir del TRLIS se opta por una redacción no numérica "cinco por ciento". En este trabajo, con el fin de evitar la repetición de términos, utilizaremos de forma indistinta cualquiera de las redacciones, incluyendo la matemática (5%).

¹⁵⁴ La confusa redacción inicial de los artículos 129 y 130 de la LIS de 1995 originó dudas de lo más diversas y algunas de ellas en relación con el porcentaje de participación necesario, como si el requisito de un porcentaje mínimo implicaba que todas las participaciones ostentadas por una ETVE debieran suponer este porcentaje. La cuestión fue resuelta por la DGT a través de su Resolución de 10 de enero de 1997, en la que se admitía que una ETVE podía poseer participaciones inferiores: "*Respecto de las participaciones tenidas por estas entidades, la norma legal no establece la condición de que necesariamente todas sus participaciones deban representar un grado de participación de al menos el 5 por 100 de las entidades participadas, por lo que podrá tener otras participaciones inferiores a dicho porcentaje, siempre que ello no desvirtúe el cumplimiento de su objeto primordial.*". En sentido similar a la DGT, cfr. CARREÑO, F. *Régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros (Arts. 129 a 132 de la LIS)*. En VV.AA., "Comentarios al Impuesto sobre Sociedades". Vol. II, Cuatrecasas Abogados, Edit. Civitas, Madrid, 1998, pág. 2213, citando además otra consulta de 27 de diciembre de 1996 en el mismo sentido. Lo contrario hubiera podido suponer una restricción del ámbito de actuación de estas sociedades, ya que les habría obligado a invertir únicamente en aquellas sociedades de las cuales pudieran comprar un 5 por 100. Sin embargo, obviamente sólo los dividendos que cumplieran todos los requisitos se beneficiaban del régimen de exención. Así, los dividendos de participaciones inferiores al 5 por 100 tributaban conforme al régimen general (artículos 29 y 30

distinción llevó a un tratamiento diferente de ambos tipos de dividendos, en el que los dividendos de entidades residentes por participaciones inferiores al 5 por ciento tenían acceso a una deducción en la cuota del 50 por ciento de la cuota íntegra que se correspondiera con la base imponible imputable a esos dividendos, mientras que los dividendos de entidades no residentes tributaban en su totalidad¹⁵⁵.

En opinión de la Comisión Europea la diferencia de tratamiento resultaba en una discriminación de los dividendos de fuente extranjera, contraria al derecho de establecimiento, y a las libertades de prestación de servicios y circulación de capitales, lo que llevó primero al dictamen motivado 2010/4111 y luego al anuncio de la apertura de un expediente de infracción el 20 de junio de 2013¹⁵⁶, y, tras ella, a que la Comisión anunciara una denuncia contra España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con fecha 26 de noviembre de 2014¹⁵⁷, que finalmente se cerró con fecha 28 de mayo de 2015¹⁵⁸ tras la

de la LIS de 1995, que preveían los métodos de imputación directa e indirecta (o del impuesto subyacente)), excepto si la participación inferior se completaba mediante una participación indirecta.

¹⁵⁵ Esta discriminación fue puesta de manifiesto por algunos autores años después. Por todos, vale la pena citar a CALVO VÉRGEZ, J. *La tributación de las ETVEs en el IS: Principales cuestiones*. Carta Tributaria - Monografías, nº 22, Quincena del 16 al 31 dic. 2006, Editorial CISS, pág. 5.

¹⁵⁶ Ver, en este sentido, la nota de prensa de la Comisión Europea anunciando el envío a España de una Opinión Razonada

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_13_583

¹⁵⁷ Véase en el siguiente link el anuncio de la denuncia ante el Tribunal de Justicia de la Comisión Europea

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_14_2136

¹⁵⁸ Cfr. https://ec.europa.eu/atwork/applying-eu-law/infringements-proceedings/infringement-decisions/index.cfm?lang_code=EN&typeOfSearch=false&active_only=0&noncom=0&r_dossier=20104111&decision_date_from=&decision_date_to=&DG=TAXU&title=&submit=Search

unificación de las normas de exención en torno a un mismo precepto, el artículo 21 de la LIS actual¹⁵⁹.

Lo cierto es que el expediente de infracción de la Comisión Europea antes mencionado tan solo exigía a España que acabara con el peor tratamiento a los dividendos de fuente extranjera. Para hacerlo, una solución hubiera sido directamente conceder la exención a todas las rentas sin necesidad de una participación mínima, o incluso extender a los dividendos de fuente extranjera la posibilidad de beneficiarse de una exención parcial del 50 por ciento (o de una deducción en la cuota íntegra, en la versión de la "exención modificada") en caso de participaciones inferiores al 5 por ciento¹⁶⁰. Sin embargo, el legislador optó por uniformar al alza y dejar de mitigar la doble imposición económica para participaciones inferiores al 5 por ciento, independientemente de la residencia del pagador del dividendo.

Se trató, pues, de una medida que, como avanzaba la exposición de motivos de la LIS, resultaba en un ensanchamiento de la base imponible del impuesto, introduciendo un gravamen adicional sobre la capacidad

¹⁵⁹ Como comentario casi anecdótico, llama la atención que esta no era la primera vez que la Comisión Europea había reprochado a España la existencia de discriminación en relación con los dividendos. De hecho, el TJUE ya había condenado a España por una restricción injustificada a la libre circulación capitales en su Sentencia de 3 de junio de 2010 (asunto C-487/08), que abordaba el peor trato concedido a las matrices europeas en el artículo 14.1 h) del TRLIRNR, cuya exención se vinculaba a la tenencia de un porcentaje de participación del 10%, en comparación con el porcentaje del 5% exigido a las matrices españolas por el artículo 30.2 del TRLIS.

¹⁶⁰ Como destaca CUESTA CABOT, G., *El nuevo sistema de la corrección...* op. cit. pág. 8, el Tribunal de Justicia de la UE aceptó ya en la Sentencia del asunto C-446/04, *Test Claimants in the Franked Investment Income Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, que los Estados puedan tener sistemas de eliminación de la doble imposición distintos para rentas de fuente extranjera e interna, siempre y cuando no resulten en un peor tratamiento de las primeras.

económica de los contribuyentes con participaciones inferiores al 5 por ciento en otras entidades (normalmente, pequeñas o medianas empresas) residentes en España. Por lo demás, la medida estaba en línea con la Recomendación 41 de la "Comisión Lagares"¹⁶¹, pese a lo cual recibió duras críticas de varios autores¹⁶² e incluso SANZ GADEA¹⁶³, directamente, sugirió la necesidad de eliminar el requisito de participación mínima, en su faceta porcentual, con base en los argumentos enunciados por una Comisión nombrada al efecto por la autoridad fiscal noruega y que había alcanzado conclusiones diferentes a la de la Comisión Lagares¹⁶⁴.

En el fondo, lo que plantea este autor no es otra cosa que una discusión sobre el concepto de control societario y si el mismo debe tener influencia en la eliminación de la doble imposición económica, que surgirá siempre con independencia del porcentaje de participación de cada socio o partícipe. Contra esta tesis parece pronunciarse SIMÓN YARZA¹⁶⁵, cuando señala que *"el nivel mínimo de participación en la entidad participada asegura que el interés del socio no es meramente*

¹⁶¹ Cfr. Informe de la Comisión de Expertos... op. cit., pág. 203.

¹⁶² Por todos, cfr. DE FRUTOS RAMÍREZ, G. *Base Imponible... op. cit.*, pág. 421, quien destaca que *"la imposibilidad de corregir la doble imposición económica en los supuestos de participaciones inferiores al 5% del capital, pudiera estar perjudicando especialmente la repatriación de los beneficios obtenidos por las actividades desarrolladas en el extranjero, desincentivándose así la exportación de capitales, objetivo que se encuentra entre los declarados por la norma."*

¹⁶³ Cfr. SANZ GADEA, E. *El resultado financiero en el Impuesto sobre Sociedades. Dividendos y plusvalías de cartera. Rentas exentas y no exentas (II)*. Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, n° 387, junio 2015, pág. 9. En igual línea de pensamiento se encuentra CASTRO ARANGO, J.M., *Tesis Doctoral. El concepto de dividendos... op. cit.*, pág. 26.

¹⁶⁴ En opinión de la Comisión noruega, el requisito de participación mínima viene a complicar el método de exención de forma innecesaria, y propiciar imposición en cadena en las inversiones minoritarias. Cfr. <https://www.regjeringen.no/en/whatsnew/Ministries/fin/press-releases/2014/Report-on-Corporate-Taxation-submitted-to-the-Minister-of-Finance/Capital-Taxation-in-an-International-Economy--The-Tax-Commissions-Report/id2342732/>

¹⁶⁵ Cfr. SIMÓN YARZA, M.E. *La exención de dividendos... op. cit.* 2015, Sección 3.2.2.2.

especulativo sino que se preocupa por el desarrollo de la actividad económica de la sociedad”.

En nuestra opinión, esta posición doctrinal no toma en consideración que el fin especulativo no depende del porcentaje de participación sino del periodo de participación o tenencia, y eso es algo que está regulado de forma específica en la LIS. En nuestra opinión, la tesis de SANZ GADEA merecería una reflexión más profunda, aparte de que, como veremos, y correctamente señala el autor:

“Gran parte de la indudable complejidad que anida en el artículo 21 se debe, como antes ha quedado apuntado, a los requisitos de aplicación de la exención, tanto al de participación significativa como al de tributación de la entidad participada, cuando esta no reside en territorio español.”

No fue esta la decisión del legislador, pues a partir de 2015, pasó a requerir para todos los dividendos, con independencia de su fuente española o extranjera, un porcentaje de participación mínima, directa o indirecta, de al menos el 5 por ciento.

1.1.2. Las participaciones directas o indirectas

La redacción legal permite, acertadamente, que el 5 por ciento se alcance bien de forma directa, o bien indirecta a través de las participaciones que el contribuyente tenga en otras entidades, residentes o no. Sin embargo, esta circunstancia suscita algunas cuestiones que merecen ser estudiadas.

En primer lugar, como acertadamente señalaba SANZ GADEA¹⁶⁶ (en relación a la redacción anterior del TRLIS, pero con comentarios plenamente aplicables también a la actual), la utilización de la conjunción disyuntiva "o" no tiene ningún sentido, ya que una participación meramente indirecta no proporciona dividendos. Lo gramaticalmente correcto sería utilizar una conjunción copulativa "e", que permite obtener dividendos de la participación directa y, en su caso, computar el porcentaje poseído indirectamente junto al poseído de forma directa, para alcanzar el 5 por 100. La nueva norma era una buena oportunidad para resolver este defecto de redacción¹⁶⁷. No se hizo y sigue presente.

También podría haber sido una buena oportunidad, como apunta SIMÓN YARZA¹⁶⁸, para extender la aplicación de la exención a supuestos de control común, al estilo de lo que ocurre, por ejemplo en las exenciones de cánones satisfechos a sociedades residentes en la Unión Europea¹⁶⁹. Efectivamente, la norma no contempla supuestos en los que el 5 por ciento de una entidad no residente se habría alcanzado computando el porcentaje de participación de otra entidad del grupo (por ejemplo, el caso en que A participa en un 100% en B y en un 96% en C, y B a su vez en el 4% restante en C).

¹⁶⁶ Cfr. SANZ GADEA, E. *Impuesto sobre Sociedades...* (2004), op. cit., pág. 1372.

¹⁶⁷ Resulta especialmente llamativo que la redacción inicial del artículo 30bis, en el Decreto-Ley 8/1996, señalaba que la participación del 5 por 100 podía ser "directa e indirecta". Sin embargo, esta redacción tuvo una vida muy corta, ya que con la Ley 10/1996 se modificó para señalar que la participación debía ser "directa o indirecta" y armonizarlo con la existente en el artículo 129 relativa a las ETVEs, redacción que se ha mantenido hasta hoy.

¹⁶⁸ Cfr. SIMÓN YARZA, M.E. *La exención de dividendos...* op. cit. 2015, Sección 3.2.2.1.

¹⁶⁹ El apartado 4º del artículo 14.1 m) del TRLIRNR permite que la exención se aplique a los cánones satisfechos a entidades asociadas que cumplan el resto de requisitos de la exención, señalando expresamente que "A estos efectos, dos sociedades se considerarán asociadas cuando una posea en el capital de la otra una participación directa de, al menos, el 25 por ciento, o una tercera posea en el capital de cada una de ellas una participación directa de, al menos, el 25 por ciento".

Es un olvido que sorprende teniendo en cuenta que el plazo de posesión de la participación sí puede computarse teniendo en cuenta el plazo de participación previa de otras entidades del grupo, e incluso que el artículo 62.1 de la LIS¹⁷⁰ permite este cómputo para las participaciones en entidades residentes en el caso de grupos de consolidación fiscal. En nuestra opinión, la redacción actual ha perdido una oportunidad para definir correctamente el concepto de control y evitar situaciones de doble imposición económica que materialmente no deberían producirse.

En cualquier caso, la norma ha venido permitiendo el cómputo de forma directa e indirecta desde 1996¹⁷¹. La cuestión es cómo realizar ese cómputo. La respuesta debe encontrarse en el actual artículo 60 de la LIS, único precepto en toda la norma que regula el cómputo de participaciones indirectas a los efectos de la inclusión de las mismas o no en el grupo de consolidación fiscal. Esto es, mediante la multiplicación de los porcentajes de participación de la sociedad en

¹⁷⁰ Esta regla data del artículo 92 de la LIS de 1995 (luego artículo 78 del TRLIS) y se introdujo en la misma por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

¹⁷¹ En relación con las ETVEs, MARTÍN JIMÉNEZ destacaba que en esta ocasión la ley recurría al criterio del "grado de participación" y no al del "grado de control" utilizado en el entonces vigente artículo 30.2 de la LIS para conceder la deducción por doble imposición internacional de dividendos y participaciones en beneficios (método de imputación indirecta). En efecto, en el artículo 130.1 c) de la LIS, el porcentaje del 5% tenía que subsistir a lo largo de toda la cadena de filiales y sub-filiales: La sociedad debía poseer indirectamente un 5% de su sub-filial. Sin embargo, en el artículo 30.2 LIS sólo se exigía que la sub-filial estuviera participada en un 5% por la filial, y ésta a su vez, en un 5% por la entidad residente en España que aplicaba la deducción. De esta forma, la participación indirecta podía llegar a ser de incluso un 0,25% (5% x 5%), y la entidad residente beneficiarse de la deducción. *Ibidem*, pág. 987. Cfr., MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. *El régimen de las entidades...* op. cit., pág. 987. También, LÓPEZ-SANTACRUZ, J.A. *Entidades...* op. cit., pág. 963 y *Régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros*. En VV.AA. "Guía del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades". CISS, Valencia, 1997, pág. 275. Esta redacción del artículo 30.2 (luego artículo 32 del TRLIS) se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley 27/2014.

cuestión en su filial por el de ésta en su sub-filial y a su vez por los que ésta última tuviera en las suyas, y así sucesivamente hasta llegar a la entidad que distribuía el dividendo a la sociedad¹⁷².

1.1.3. El objeto de la participación

Una tercera cuestión, que originó bastantes dudas en las primeras redacciones de la norma¹⁷³ hasta su resolución por el Real Decreto-Ley 3/2000, es el objeto de la participación a poseer, que la norma define como "el capital o los fondos

¹⁷² Así lo señalaba ya bajo la LIS de 1995, CARREÑO, F. *Régimen de las entidades...* op. cit., pág. 2.214 así como BARRENECHEA ELORRIETA, S. y SOTO RODRÍGUEZ, L. *Régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros*. Impuestos, Vol. II, 1998, pág. 256 y bajo la LIS, entre otros, SANZ GADEA, E., *El resultado financiero...(II)*, op. cit., pág. 11.

¹⁷³ La redacción inicial del artículo 130 de la LIS de 1995 era confusa y podía inducir a error al intérprete, a la vista de su redacción: "que el porcentaje de participación se hubiese poseído...", que no especificaba en qué había que participar (p.e. en el capital, fondos propios, derechos de voto, etc.). A pesar de que el Real Decreto-Ley 8/1996, de 7 de junio, modificó la redacción para concretar el porcentaje de participación, no lo hizo para resolver el objeto de la participación. Del tenor literal de la norma, no obstante, podía deducirse que se trataba realmente de una participación en los fondos propios de la entidad en cuestión y así parecía entenderlo LÓPEZ-SANTACRUZ, J.A. *Entidades...* op. cit., págs. 963 y 967, y *Régimen de las entidades...* op. cit., pág. 275 y BARRENECHEA ELORRIETA, S. y SOTO RODRÍGUEZ, L. *Régimen de las entidades...* op. cit., pág. 256. Sin embargo, lo cierto es que la única alusión a los fondos propios de la filial se realizaba para definir el objeto social de las ETVEs, pero no la participación, y, como señalábamos, "participaciones" podía haber de muchos tipos distintos (en los fondos propios, en el capital social, en los derechos de voto, en los beneficios, etc.). Una interpretación sistemática de los artículos 129 y 130 LIS podía permitir deducir que la "participación" debía ser cualquiera que generara rentas para la ETVE, incluyendo en su caso una mera participación en los beneficios de la filial o incluso una participación de un 1 por 100 del capital social con derechos económicos especiales que permitieran disfrutar de un 5 por 100 del dividendo, como habría sido el caso, por ejemplo, de las acciones sin voto bajo una normativa mercantil extranjera similar a la española. Recordemos que el artículo 91.1 de la entonces vigente LSA (equivalente al actual artículo 99 de la LSC) obligaba a compensar la ausencia del derecho de voto mediante la retribución de un mayor dividendo. Sin embargo, no fue esta la evolución legal en esta materia que se alineó más con la redacción inicial del artículo 30bis, que sí que fue suficientemente preciso desde el inicio al explicitar que la participación había de producirse "en el capital de la entidad no residente".

propios de la entidad". Dos cuestiones surgen de esta redacción.

En primer lugar, la participación debe tener por objeto el capital o los fondos propios. Nótese que el legislador está utilizando una conjunción disyuntiva para separar ambos conceptos por lo que cabría interpretar que la lista debe considerarse cerrada, sin que sea posible aplicar la exención a participaciones en otros conceptos como los derechos de voto. Sin embargo, esta interpretación debe aplicarse exclusivamente a supuestos de participaciones en valores propiamente dichos, pero no debería utilizarse para negar la posibilidad de extender la exención a otros supuestos de participaciones en beneficios (como sería el caso de los rendimientos de préstamos participativos o de contratos similares a la cuenta en participación sobre los que ya nos hemos pronunciado en el Capítulo II)¹⁷⁴.

Asimismo, dado que el concepto de fondos propios es más amplio que el de capital social, ello debería permitir aplicar la exención en supuestos de participaciones en entidades no residentes, bajo cuyo ordenamiento jurídico el concepto de "capital" se define de forma distinta a la española. Sin embargo, el legislador no define "capital" ni especifica sobre qué "capital" hay que ostentar la participación cuando una sociedad no residente pueda tener distintas clases de capital social (p.e. una que dé derechos

¹⁷⁴ Esta era también la opinión de GONZALO PECES bajo el TRLIS, pero con comentarios plenamente trasladables a la actualidad. Con todo este autor, matiza que el negocio jurídico entre el partícipe y la entidad no residente debía tener causa societaria, lo que llevaba, naturalmente, a la exclusión de derechos económicos sin esta causa, como los resultantes de pactos de accionistas, negocios fiduciarios sobre acciones, o incluso las prestaciones accesorias. Cfr. GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar... op. cit.*, pág. 617.

ordinarios y otra que dé derechos reforzados económicos o incluso de voto).

En segundo lugar, y relacionado con esta cuestión, la filial debe ser una entidad, requisito que viene incluido en el propio título del artículo 21. Dado que el artículo 7.3 de la LIS señala como términos sinónimos "entidades" y "sociedades", ello lleva a considerar que la participación puede ser en cualquier tipo de persona jurídica societaria, pero también en entidades sin personalidad jurídica¹⁷⁵, en la medida en que, como comentaremos en el capítulo IV, exista doble imposición económica subyacente¹⁷⁶.

Sin embargo, como apuntaba en su día RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, en el caso de las ETVEs *"es importante que las participaciones se instrumenten en valores, porque el capítulo XIV de la Ley del Impuesto sobre Sociedades se titula precisamente "régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros"*¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Aunque refiriéndose a la redacción del TRLIS, que no se modificó a estos efectos, se sitúa en contra CALVO VÉRGEZ, J., *La tributación de las ETVEs... op. cit.*, pág. 9.

¹⁷⁶ Más dudoso sobre esta interpretación se hallaba en su día MARTÍN JIMÉNEZ, para quien la referencia a participación en el "capital o los fondos propios" vinculaba la participación en la entidad extranjera a la forma capitalista de la sociedad, por lo que, *"en principio, parece que deberían excluirse del ámbito del art. 21 TRLIS las participaciones en beneficios que procedan de entidades personalistas"*. A pesar de esto este autor manifestaba justo a continuación su extrañeza por la descoordinación de esta exención con el régimen de atribución de rentas, concluyendo que, en cualquier caso, si la sociedad personalista no caía bajo ese régimen, debía entenderse que sí cualificaba para la exención del artículo 21 del TRLIS. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Oportunidades de planificación fiscal para la empresa española derivadas de los artículos 21 y 22 TRLIS*. Carta Tributaria Monografías, nº5, 2005, pág. 12. En nuestra opinión, el tema era más sencillo. El uso de la conjunción disyuntiva "o" en la frase permitía, tanto las sociedades capitalistas, como las personalistas (que como sociedades que son tienen fondos propios), siempre y cuando las mismas hubieran estado sometidas a imposición efectiva, por supuesto. Sobre esta cuestión volveremos más adelante cuando abordemos la relación del método de exención con las sociedades personalistas.

¹⁷⁷ Cfr. RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E. *Sociedades holding... op. cit.*, pág. 5. Asimismo, MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. *El régimen de las entidades...*, op.

1.2. El valor de adquisición mínimo.

1.2.1. La redacción inicial de la LIS

Una de las grandes novedades de la Ley 27/2014 fue la utilización por el legislador de un criterio de control basado en el valor de adquisición, alternativo al tradicional basado en porcentajes concretos de participación. Fue, no obstante, una novedad, pero no una nueva medida.

Efectivamente, la nueva redacción que la LIS dio al artículo 21 extendió a todas las entidades sometidas al régimen general del Impuesto sobre Sociedades el criterio del valor de adquisición mínimo, ya vigente para las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros desde el Real Decreto-Ley 3/2000, que estableció un valor de adquisición mínimo de seis millones de euros¹⁷⁸.

cit., pág. 991. Sin embargo, disentimos de este último autor en su consideración del trust como posible filial de una ETVE. El trust no es más que una manifestación de la voluntad de un determinado sujeto, y como tal, esta voluntad no puede representarse mediante títulos valores o enajenarse, con lo que nunca habría podido ser adquirido por una sociedad residente en España ni, en su caso, repartir dividendos o producir plusvalías, aunque sí recibirlos, si la legislación de su Estado de residencia le asignara personalidad jurídica y fuera titular de las correspondientes participaciones. En opinión de GOTA LOSADA en el Ordenamiento jurídico español "el Trust como institución, en su conjunto, no tiene obviamente personalidad jurídica, ésta se predica de las diversas personas que intervienen ("settlor", "trustee" y beneficiario)". Cfr. GOTA LOSADA, E., *Tratado del Impuesto de Sociedades*, Tomo III, Entidades sujetas y Exentas, Edit. Extecom, Madrid, 1984, pág. 73. Otra cosa será que una sociedad sea beneficiaria de un Trust, y como tal reciba rentas procedentes del mismo, pero en nuestra opinión, en tal caso dado que España no reconoce la existencia de los Trusts, habría que "transparentar" al Trust, esto es, ignorarlo y realizar el análisis, en su caso, sobre las entidades participadas a través del Trust.

¹⁷⁸ Como destaca ROMERO FLOR, el Real Decreto-Ley 3/2000 vino a consagrar la desaparición de la "autonomía" propia del régimen ETVE, dando paso a una regulación unificada de la exención por doble imposición en el artículo 20bis. Esta igualdad de regulaciones tenía por primera consecuencia, que el régimen ETVE pasaba a ser menos relevante, razón por la cual el legislador, en un intento de mantenerlo como un régimen específico, aprovechó la reforma del Real Decreto-Ley 3/2000 y las subsiguientes Leyes 6/2000, de 13 de diciembre y 14/2000, de 29 de diciembre, para introducir también algunos cambios en el régimen propio

Sin embargo, la nueva norma introdujo algunas modificaciones al régimen tradicional. Así, se incrementó el valor de adquisición mínimo hasta los veinte millones de euros para todas aquellas adquisiciones realizadas a partir de la entrada en vigor de la Ley.

Si bien este incremento se basaba en la recomendación número 44 de la "Comisión Lagares"¹⁷⁹, lo cierto es que la Comisión la limitaba, exclusivamente, a las ETVEs. Fue el legislador quien lo añadió también a las entidades sometidas al régimen general armonizando así el tratamiento fiscal de todas las entidades residentes por los dividendos en entidades no

de este artículo y en particular, el mejor tratamiento de los dividendos o plusvalías obtenidos por ciertos no residentes (cuyo análisis escapa al objeto de este trabajo) así como este nuevo requisito de control. Cfr. ROMERO FLOR, L.M., *Las ETVE: un método para eliminar la doble imposición internacional*. Revista Técnica Tributaria, n° 90, julio-septiembre, 2010, pág. 74, así como *El régimen fiscal de las entidades holding*. Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2012, pág. 18. El criterio del coste de adquisición era una novedad en España, pero no tanto en otros países como Luxemburgo, cuya regulación del método de exención ya incorporaba esta posibilidad desde tiempo atrás. Cfr. ROMANO, C., *Holding Company Regimes in Europe: A Comparative Survey*. European Taxation, n° 7, 1999, pág. 263. Esta ampliación de la aplicación del método de exención a participaciones inferiores al 5 por 100 recibió en su día una dura crítica de SANZ GADEA quien, considerando que estas inversiones se realizaban en sociedades no vinculadas, debían calificarse de meras inversiones patrimoniales "o incluso especulativas". Por ello, este autor advertía contra la combinación de esta exención con la deducción de la carga financiera asociada a su adquisición y el régimen de consolidación fiscal más la compensación de bases imponibles negativas, lo que podía llevar a una desimposición en España vía la compensación de dicha carga financiera con los beneficios no exentos del resto del grupo de consolidación fiscal. Cfr. SANZ GADEA, E. *Impuesto sobre Sociedades...* (2004), op. cit., págs. 1378 y ss. Si bien estos argumentos en el fondo resultaron premonitorios de una conducta de elusión fiscal ampliamente analizada en nuestros Tribunales y que excede del contenido de esta obra, lo cierto es que los mismos no tenían nada que ver con la realización de actividades especulativas o inversiones meramente patrimoniales, sino que la situación sobre la que advertía este autor podía darse (y de hecho se dio) con el mero traspaso intragrupo de participaciones en entidades, residentes o no residentes, en las que se poseía una participación superior al 5%. La cuestión no era, pues, el porcentaje de participación, sino la deducibilidad del gasto financiero intragrupo, cuestión ya resuelta por el legislador en otro lugar tanto del TRLIS como de la LIS.

¹⁷⁹ Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos...* op. cit., pág. 206.

residentes, y extendiendo los supuestos de eliminación de la doble imposición económica¹⁸⁰.

La medida trataba de facilitar la aplicación del método de exención también en aquellas inversiones en grandes sociedades o sociedades cotizadas, con un valor de mercado superior a los 400 millones de euros, en las que adquirir una participación del 5% podía ser muy complicado. O, dicho de otra forma, si se concedía la exención para las rentas de participaciones de un 5% en sociedades con un capital de, por ejemplo, diez millones de euros (inversión de quinientos mil euros) había que concederla también para participaciones

¹⁸⁰ Esta extensión del requisito de participación mínima a supuestos en los que la misma tenía un valor mínimo de 20 millones de euros fue duramente criticada durante la tramitación del Proyecto de Ley por el Grupo Parlamentario Socialista, que lo consideraba inaceptable y favorecedor de las grandes empresas en un contexto en el que las pequeñas empresas perdían la posibilidad de aplicar la deducción en cuota del 50% de los dividendos. Cfr. Enmienda nº 60, Boletín Oficial del Congreso de los Diputados de 3 de octubre de 2014, Serie A, 108-2, pág. 55. Con independencia de que, como hemos señalado anteriormente, efectivamente se perdió una oportunidad para mantener la deducción en cuota del 50% para participaciones inferiores, en nuestra opinión lo planteado por el Grupo Socialista era incongruente, ya que, por un lado criticaban no eliminar la doble imposición, siquiera parcialmente, en participaciones inferiores al 5%, pero por otra pedían no eliminarla cuando esa participación inferior al 5% la poseían empresas con capacidad financiera para invertir veinte millones de euros. Como acertadamente apunta SIMÓN YARZA, "Es razonable pensar que quien durante un período mínimo de un año invierte en una entidad una cantidad importante de dinero posee un interés real en la actividad económica de la entidad en la que participa y no meramente especulativo. Someter a doble imposición los dividendos de estos socios no sería conforme con el criterio inspirador del régimen de los dividendos en el IS, que procura eliminar la sobrecarga tributaria que estos sufren cuando la relación entre los socios y las entidades en las que participan es del tipo sociedad cerrada-socio". Cfr. SIMÓN YARZA, M.E. *La exención de dividendos...* op. cit. 2015, Sección 3.2.2.2. En contra, en cambio, LÓPEZ POMBO, D. *Corrección de la Doble Imposición...* op. cit., págs. 414 y 415 y SANZ GADEA, E. *El resultado financiero..(II)*, op. cit., pág. 8. Para este último autor, introducir esta ampliación de la exención en un contexto en el que se eliminan tanto la exención parcial del antiguo artículo 30.1 del TRLIS como la exención de 1.500 euros de las personas físicas supone una vulneración del principio de igualdad tributaria. No compartimos esas afirmaciones, que además parecen ser contradictorias con su tesis inicial favorable a eliminar cualquier porcentaje de participación. El problema, en su caso, será la desaparición de las exenciones parciales apuntadas, pero nunca la expansión de una norma que lo que pretendía, no olvidemos, era precisamente un objetivo de la justicia tributaria: evitar la doble imposición económica.

en grandes sociedades, en las que, habiéndose invertido veinte millones de euros, no se llegaba a dicho porcentaje mínimo.

Sin embargo, este nuevo criterio legal dio lugar a dos problemas inmediatos. En primer lugar, el incremento de la cuantía del valor de adquisición podía crear un problema de Derecho transitorio para aquellas ETVEs que, no poseyendo un 5 por ciento de participación, se hubieran venido beneficiando previamente de la exención, por tener un valor de adquisición de seis millones de euros, que a partir de 2015 no iba a ser suficiente.

Para evitar este efecto negativo, el legislador introdujo en la LIS la disposición transitoria trigésima primera, con la siguiente redacción:

"Las participaciones adquiridas por entidades acogidas al régimen fiscal especial de entidades de tenencia de valores extranjeros previsto en el Capítulo XIV del Título VII del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, según redacción vigente en períodos impositivos que se hubieran iniciado con anterioridad a 1 de enero de 2015, que tuvieran un valor de adquisición superior a 6 millones de euros sin cumplir el requisito de participación mínima establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 21 del citado texto refundido, podrán aplicar el régimen fiscal establecido en dicho artículo y en el Capítulo XIII del Título VII de esta Ley, en los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2015."

Esta norma solucionaba el problema, de forma que las adquisiciones realizadas antes de la entrada en vigor de la nueva LIS podían seguir beneficiándose del régimen de

exención. Sin embargo, su redacción resultaba bastante confusa.

En particular, la expresión *“sin cumplir el requisito de participación mínima establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 21 del citado texto refundido, podrán aplicar el régimen fiscal establecido en dicho artículo”* generó dudas sobre si el objetivo de la norma era realmente que las ETVEs pudieran seguir aplicando la normativa en vigor en el antiguo TRLIS con respecto a las inversiones realizadas antes de la entrada en vigor de la LIS.

Esta cuestión fue abordada por la DGT en su resolución V2626-16 de 13 de junio de 2016, señalando, acertadamente, que la disposición transitoria tenía por objeto permitir la aplicación del nuevo artículo 21 de la LIS a entidades que habían adquirido participaciones en otras entidades por un valor inferior a los veinte millones de euros, y no prorrogar la aplicación del TRLIS para las participaciones adquiridas por ETVEs antes de 2015.

Y, en segundo lugar, el uso del término “valor de adquisición” generó la duda de si el mismo debía analizarse en términos contables o fiscales.

Sobre esta cuestión se pronunció la consulta de 14 de diciembre de 2015, número V3960-15 negando la aplicación de la exención a los dividendos procedentes de una participación en la que el valor a efectos contables parecía ser superior a los veinte millones de euros, aunque a efectos fiscales no superaba esa cifra. En el caso, se daba la circunstancia de que el porcentaje de participación se había reducido por debajo del 5 por ciento como consecuencia de la dilución en una operación de fusión con otras entidades en la que se

había aplicado el régimen de diferimiento fiscal previsto para reestructuraciones empresariales, pero que no había permitido una revalorización fiscal de la participación:

"En este sentido, el valor de adquisición que debe tomarse en consideración para entender cumplido el requisito de la letra a) del artículo 21 de la LIS, es el que resulte de aplicar las disposiciones contenidas en la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades. Por tanto, en el presente caso, en la medida en la que dicho valor sea inferior a 20 millones de euros, la entidad consultante no podrá aplicar la exención prevista en el artículo 21 de la LIS a los dividendos y rentas derivadas de la transmisión de su participación en C."

Esta posición era coherente, pues al tratarse de un requisito establecido por la normativa tributaria, lo lógico es tomar en cuenta las reglas fiscales a efectos de determinar el valor de adquisición. Sin embargo, no podía desconocerse que esta postura daba lugar a doble imposición económica de dividendos en una situación en que la renta económica obtenida por el socio podía no haber cambiado en absoluto¹⁸¹ y lo único que variaba era su porcentaje de participación como consecuencia de una operación de reestructuración¹⁸².

¹⁸¹ Véase, por ejemplo, la situación en la que se pasase de participar en un 25% en la sociedad X a participar en un 4% en una sociedad Z tras la fusión con A. En este escenario, y asumiendo que los beneficios se mantienen proporcionales y X habría obtenido 100 um mientras Z habría obtenido 625 um, el socio habría obtenido el mismo dividendo de 25 um. Sin embargo, la participación en X habría dado derecho a la exención, mientras que la participación en Z no.

¹⁸² Sin querer entrar en detalle en el tratamiento contable de los dividendos, que excedería en general del ámbito de este trabajo, lo cierto es que la elección del criterio fiscal frente al contable presentaba una cierta ventaja de seguridad jurídica en lo relativo a los activos financieros mantenidos para negociar (si bien estos son normalmente activos mantenidos menos de un año) o más significativamente, los activos disponibles para la venta que la normativa contable obliga a valorar anualmente por su "valor razonable", pudiendo por tanto variar y exceder o no el límite de los 20 millones de euros.

Era ésta una de las consecuencias indeseadas del nuevo régimen: la no regulación de los efectos de las operaciones de reestructuración sobre el porcentaje de participación y más cuando, como es sabido, el fin último del régimen fiscal especial de las operaciones de reestructuración es conseguir que las mismas sean neutrales y no resulten en efectos fiscales negativos que puedan disuadir al socio de su realización. Mal se conseguía ese fin cuando la regulación del artículo 21, en su interpretación por la Dirección General de Tributos, resultaba en la negativa a la aplicación de una exención a la que se tenía derecho previamente y que se perdía tras una operación de reestructuración por el único hecho de atender a la tenencia de un porcentaje fijo de participación.

1.2.2. La situación a partir del 1 de enero de 2021

La reciente LPGE 2021 ha modificado la redacción del primer párrafo del apartado a) del artículo 21.1, con el fin de eliminar del mismo a partir del 1 de enero de 2021¹⁸³ el criterio de control alternativo basado en el valor de adquisición igual o superior a 20 millones de euros.

Sin embargo, el legislador no ha reparado que esta norma estaba indisolublemente asociada a la disposición transitoria trigésimo primera, que permite a las ETVEs cumplir el requisito de participación mínima por las participaciones adquiridas antes de 2015 con un valor de

¹⁸³ Realmente la eliminación se realiza para las participaciones adquiridas a partir de dicha fecha. Para las participaciones con un valor igual o superior a 20 millones de euros adquiridas con carácter previo, la norma prevé la inclusión en la LIS de una disposición transitoria cuadragésima que seguirá permitiendo que computen para el cumplimiento del requisito de participación mínima durante los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2021, 2022, 2023, 2024 y 2025.

adquisición superior a 6 e inferior a 20 millones de euros. Al no eliminar esta disposición transitoria, parece que el requisito de valor de adquisición mínima seguiría vigente, aunque fuera para ETVEs por participaciones adquiridas antes de 2015. No creemos que esta sea la intención del legislador, pero así ha quedado en la LIS.

Entrando ya al análisis de la propuesta concreta, debemos recordar que, como señalábamos en el epígrafe anterior, la extensión del criterio de participación mínima fue duramente criticada durante la tramitación parlamentaria de la LIS por el Grupo Parlamentario Socialista, que lo consideraba inaceptable y favorecedor de las grandes empresas en un contexto en el que las pequeñas empresas perdían la posibilidad de aplicar la deducción en cuota del 50% de los dividendos. Sin embargo, y a diferencia de la no deducibilidad de los gastos de gestión de la participación que comentaremos en el epígrafe 2.2.1. del Capítulo IV, esta medida no se incluía en el Proyecto de Ley de presupuestos generales del Estado para 2019 que finalmente fue rechazado en las Cortes.

Se trata, en nuestra opinión, de una medida errónea, cuyo único objetivo parece ser ensanchar la base imponible, sin tener en cuenta los efectos negativos que tiene en términos de doble imposición y, en consecuencia, sobre los principios de capacidad económica, igualdad y no confiscatoriedad. Si bien es cierto que esta medida tenía algunos defectos técnicos de redacción, no creemos que mereciera ser eliminada de la redacción del impuesto, salvo en aquellos casos en los que lo que ocurra sea, evidentemente, que se elimine por completo el requisito de participación mínima.

1.3. El periodo de posesión ininterrumpida

Otro de los requisitos ya tradicionales de las normas de eliminación de la doble imposición internacional ha sido la necesidad de mantener la participación durante el plazo de un año previo a la distribución del dividendo, de forma ininterrumpida.

El objetivo de este requisito es doble. En primer lugar, sirve para distinguir a las entidades cuya vocación es de control y gestión de sus participaciones de aquellas otras cuyo objetivo es la realización de inversiones a corto plazo con fines especulativos¹⁸⁴. Y, en segundo lugar, precisamente, evita conductas elusivas¹⁸⁵ como el lavado de cupón¹⁸⁶. Sin embargo, a pesar de ser un requisito tan común, ha tenido una evolución

¹⁸⁴ Así, MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *El régimen de las entidades... op. cit.*, pág. 993 y GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar... op. cit.*, pág. 622.

¹⁸⁵ Cfr. FANTOZZI, A. y MANGANELLI, A., *Directive implementation leaves EC... op. cit.*, pág. 313; COLMENAR VALDÉS, S., *Las deducciones por doble imposición... (I)*, *op. cit.*, pág. 324 y 325; y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. y CALDERÓN CARRERO, J.M., *El periodo de tenencia de la participación en las distribuciones de dividendos entre sociedades matrices y filiales: a propósito de las recientes modificaciones a los artículos 30 y 46.1.f) LIS y la Sentencia Denkavit*. Revista de Contabilidad y Tributación, CEF, n° 187, 1998, pág. 26. Estos últimos autores se planteaban si el carácter anti-abuso de esta condición no justificaría la reforma del artículo para permitir la exención en aquellos casos en los que, no habiendo abuso, se transmitió la participación durante el plazo de un año por razones puramente empresariales, como una buena oferta o el no acudir a una ampliación de capital de la filial. Si bien esta idea parecía sugerente, creemos que la razón por la cual el legislador no aceptó estas posibilidades se debió a su intención de incentivar la tenencia de participaciones durante un periodo largo de tiempo, y no fomentar la especulación a través de sociedades interpuestas, como sería el caso si se admitiera la exención en caso de "una buena oferta", ya que en la práctica ello habría supuesto la introducción de criterios subjetivos y como tales jurídicamente indeterminados que solo habrían introducido inseguridad jurídica.

¹⁸⁶ El lavado de cupón es un tipo de operación que se practica antes de las distribuciones de dividendos. En ella, A vende un título valor a B (por 100 um, por ejemplo), B percibe el dividendo (de 20 um) y A recompra el mismo título valor a B inmediatamente después (p.e. por 90 um). Esta operación permite a las dos partes compartir el dividendo repartido (las dos partes ganan 10 um), pero requiere que la parte interviniente, B, no soporte impuestos o los soporte en muy pequeña medida.

bastante desigual a lo largo de los años que explica en buena parte la actual redacción. Por este motivo, resulta de interés en este caso que expongamos de forma separada cómo se ha tratado este requisito en la normativa anterior, antes de abordar la regulación vigente.

1.3.1. Antecedentes

1.3.1.1. La redacción original de la LIS de 1995

Si bien el artículo 24.2 d) de la LIS de 1978 ya incorporaba un requisito de posesión ininterrumpida durante todo el periodo impositivo, fueron la LIS de 1995 y el Real Decreto-Ley 8/1996 los que introdujeron el moderno requisito de posesión durante un año antes de la distribución en los artículos 30bis, y 130 dedicado a las ETVEs. Sin embargo, cuando se comparan ambos artículos se aprecia que el requisito temporal se exigía con distinta redacción.

El artículo 30bis.3 decía así:

"a) (...) y que la misma se hubiese poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya...".

Y el 130.1 a) así:

"a) Que el porcentaje de participación al que se refiere el artículo anterior, se hubiese poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al que sean exigibles los dividendos o participaciones en beneficios. Para el cómputo del citado plazo se tendrá en cuenta el periodo en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otra entidad del mismo

grupo de consolidación a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio."

Ambos preceptos presentaban diferencias significativas, tanto en el *dies a quo* como en el *dies ad quem*.

En primer lugar, el *dies a quo* en las sociedades acogidas al régimen general del artículo 30bis tenía en cuenta la fecha de la adquisición de la participación por la sociedad, mientras que en las ETVEs el plazo podía computarse inicialmente también desde la adquisición de la participación en cuestión "*por otra entidad del mismo grupo de consolidación a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio*"¹⁸⁷.

La cuestión, obviamente, era por qué el legislador había introducido esta diferencia entre el régimen de las ETVEs y el de las sociedades sometidas al régimen general. En nuestra opinión, había que relacionar la posibilidad de computar el plazo en otras sociedades del grupo del artículo 42 del CCo

¹⁸⁷ Dado que el artículo 130 no distinguía entre sociedades residentes y no residentes, a nuestro juicio, cabía computar el tiempo en que la participación en cuestión había sido poseída por una sociedad no residente, perteneciente al mismo grupo mercantil de sociedades. Ahora bien, dado que la ley hacía referencia expresa al Artículo 42 del CCo, había que entender que sólo se tomaba en consideración el plazo de tiempo en que dicha participación se había poseído por una de las sociedades allí citadas, y no por las denominadas "sociedades multigrupo" y "sociedades asociadas" de los Artículos 47.1 y 3 del CCo que a efectos mercantiles podían pertenecer al grupo de sociedades. Y así se reconocía, por ejemplo, por la consulta de la DGT 0109-99 de 29 de enero de 1999. Este era también el parecer expresado por LÓPEZ SANTACRUZ, J.A. *Entidades... op. cit.*, pág. 968; CASERO, R. *Spain: New holding... op. cit.*, pág. 465; ERNST & YOUNG *Análisis... op. cit.*, pág. 1030; y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. *Consideraciones sobre el régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros tras la aprobación del reglamento del impuesto sobre sociedades*. Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, n° 245, 1997, pág. 701, si bien este último autor formulaba esta opinión con respecto al artículo 47.1 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, que presentaba la misma redacción a estos efectos que el artículo 130.1 a) de la LIS de 1995. Se trataba de una norma muy útil para las ETVEs, ya que, si otra sociedad de su mismo grupo de sociedades había poseído la participación durante el tiempo suficiente, y posteriormente la había aportado a una ETVE, el periodo de tenencia no se interrumpía, y las rentas procedentes de dicha participación podían quedar exentas durante el primer año de posesión efectiva por la ETVE.

con el artículo 132.3 de la LIS de 1995, de la cual era corolario:

"Las aportaciones no dinerarias de los valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español disfrutarán del régimen previsto en el artículo 108 de esta Ley, cualquiera que sea el porcentaje de participación que dichas adquisiciones confieran."

Es decir, si una sociedad, residente o no, decidía aportar a una ETVE sus participaciones en otras entidades no residentes, a cambio de una participación en su capital social, entonces ambas partes, la sociedad aportante y la ETVE se beneficiaban. La sociedad aportante porque la aportación disfrutaba del régimen de diferimiento de las rentas del artículo 108 de la LIS de 1995 de forma que no se manifestaba ninguna renta a gravar y la ETVE porque recibía unas participaciones cuyo periodo de posesión empezó a computarse en el momento de su adquisición por la sociedad aportante, como consecuencia de la aplicación del citado régimen de diferimiento¹⁸⁸.

En conclusión, la justificación de la diferenciación descansaba precisamente en la distinta finalidad que el legislador perseguía con los artículos 30bis y 130 de la LIS de 1995. No debemos olvidar que las ETVEs surgieron con la intención declarada del legislador de servir de base para la constitución de holdings españolas por inversores

¹⁸⁸ El artículo 132.3 de la LIS poseía la peculiaridad de que tratándose de un precepto que regulaba las reorganizaciones empresariales y que por tanto habría encontrado un acomodo más adecuado dentro del Capítulo VIII del Título VIII de la Ley, se encontraba dentro del Capítulo XIV relativo a las ETVEs, por causa de su ámbito subjetivo. En todo caso, su regulación se refería a las rentas obtenidas con motivo de reorganizaciones empresariales que caen fuera del ámbito estricto de nuestro estudio.

extranjeros. Sin embargo, en el caso del artículo 30bis, su principal finalidad era otra: incentivar la expansión internacional de las empresas españolas. Así, resultaba justificable desde un punto de vista internacional que el legislador facilitase la "adquisición" de filiales extranjeras para las ETVEs.

En cuanto al *dies ad quem*, como señalaba RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, la LIS de 1995 establecía como límite final del plazo "el año anterior" y no "el ejercicio anterior", con lo que, en aplicación del artículo 5.1 del Código Civil, el periodo de posesión debía contarse de fecha a fecha¹⁸⁹, esto es, de la fecha de adquisición a la fecha en que fueran exigibles los dividendos o participaciones en beneficios.

La cuestión en este caso era cuándo eran exigibles los dividendos. Pues bien, según el artículo 215.2 de la LSA:

"En el acuerdo de distribución de dividendos determinará la junta general el momento y la forma del pago..."

Similar regla se incluía en el artículo 61.1 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades entonces vigente (Real Decreto 537/1997, de 14 de abril) cuando señalaba:

"En particular, se entenderán exigibles (...) los dividendos en la fecha establecida en el acuerdo de distribución o a partir del día siguiente al de su adopción a falta de la determinación de la citada fecha."

Esto es, el accionista tenía derecho al pago de los dividendos desde el mismo momento en que su distribución se

¹⁸⁹ Cfr. RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E. *Sociedades holding... op. cit.*, pág. 5, y *Sociedad holding. Régimen de las entidades... op. cit.*, pág. 118.

acordara en la junta general. Era ésta, pues, la fecha que había que tomar como *dies ad quem* del cómputo de la tenencia¹⁹⁰, salvo que constase claramente otra fecha de acuerdo con la legislación del Estado de residencia de la filial.

Sin embargo, y a diferencia de lo que sucedía en los artículos 30.1 de la LIS de 1995 (aplicación del método de imputación del impuesto subyacente a los dividendos de fuente extranjera) y 13.1 g) de la LIRNR (sobre exención en las distribuciones de dividendos a matrices residentes en la Unión Europea), ni el artículo 30bis ni el 130 contemplaban originariamente el supuesto en que dicha antigüedad se cumpliera a *posteriori*, es decir, que una sociedad mantuviera su inversión el tiempo necesario para completar un año. Con esa regulación los dividendos recibidos no se podían beneficiar del régimen de exención, sino que se integraban en la base imponible, aun cuando con derecho a la aplicación, en su caso, de las deducciones previstas en los artículos 29 y 30 de la LIS de 1995 (el método de imputación).

Se trataba, sin duda, de una situación que merecía ser reformada, dado que la regulación existente suponía considerar al mismo nivel las operaciones con intenciones especulativas y las inversiones durante el primer año. Pero también porque no tenía ningún sentido hacer de peor condición el método de exención aplicable a ETVEs y a sociedades sometidas al régimen general, que el método de imputación del impuesto subyacente del artículo 30.1 de la LIS¹⁹¹.

¹⁹⁰ Así lo entendía también CASERO, R. *Spain: New holding... op. cit.*, pág. 465.

¹⁹¹ Nótese que una situación similar se daba también en el artículo 28 de la LIS, que regulaba el método de exención modificada para los dividendos de fuente interna, situación que no fue resuelta por el legislador hasta la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

Otro motivo de peso que exigía una modificación legal es porque así lo exigía la sentencia *Denkavit*¹⁹² del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual la Directiva matriz-filial, traspuesta al ordenamiento español en estos preceptos, no podía interpretarse en el sentido de restringir la exención a los supuestos de acciones poseídas durante un cierto periodo antes de la distribución¹⁹³. Si bien esta

¹⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 17 de octubre de 1996 en los asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, *Denkavit International, Vitic y Voormeer*. Rec. págs. 5063 y ss. En la doctrina se encuentran abundantes comentarios a la misma, destacando entre la doctrina española VILLAR EZCURRA, M. *Interpretación de la Directiva matriz-filial por la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1996*, Comunidad Europea Aranzadi, n° 1, 1997, págs. 35 y ss.; FALCÓN Y TELLA, R., *Capítulo IV. Impuesto sobre Sociedades*. En VV.AA. "Medidas Fiscales para 1997", edit. Civitas, Madrid, 1997, págs. 177 y 178 y *Capítulo IV. Impuesto sobre Sociedades*, así como en VV.AA. "Medidas Fiscales para 1998", edit. Marcial Pons, Madrid, 1998, págs. 176 y 177; LUCAS DURÁN, M., *Matrices y filiales: periodo mínimo de mantenimiento de la participación cualificada para poder disfrutar las ventajas conferidas por la Directiva 90/435/CEE. A propósito de la STJCE Denkavit et al. de 17 de octubre de 1996*. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, n° 4, 1997 págs. 1659 y ss., y *La Sentencia del TJCE Denkavit et al. de 17 de octubre de 1996 y sus repercusiones en el Derecho tributario español*. Quincena Fiscal, n° 22, 1997, págs. 55 y ss.; y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. y CALDERÓN CARRERO, J.M., *El periodo de tenencia de la participación...* op. cit., si bien estos últimos autores eran de la opinión de que el artículo 30bis no constituía una transposición de la Directiva, sino más bien un régimen especial siendo el artículo 30 el régimen general que daba cumplimiento a la directiva; cfr. *Ibidem*, pág. 29, así como CALDERÓN CARRERO, J.M., *Estudio de las nuevas medidas...* op. cit., pág. 302. En la doctrina internacional, merecen destacarse especialmente, MAISTO, G., *The EC Court's interpretation of the Parent-Subsidiary Directive under the Denkavit case*. Intertax, n° 5, 1997, págs. 180-189; BOUZORAA, D. *The Parent-Subsidiary Directive: Denkavit's lessons*. European Taxation, n° 1, 1997, págs. 14-18. También, RAINER, A. *European Court of Justice rules on Parent-Subsidiary Directive*, Tax Notes International, Vol. 13, 1996, n° 18, págs. 1411-1413; SCHELPE, D. *The Denkavit-Vitic-Voormeer case*, EC Tax Review, n° 1, 1997, págs. 17-22; WEBER, D.M. *The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes*, EC Tax Review, n° 1, 1997, págs. 22-31; BRACCIONI, P. y VALENTE, P., *Denkavit Case - a comparative approach*, Tax Planning International European Union Focus, n° 1, October 1998, págs. 19-23.

¹⁹³ En el caso concreto del artículo 130 de la LIS existió una cierta polémica. Por un lado, MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO consideraban que, al ser un régimen especial, este precepto no estaba cubierto por la Directiva matriz-filial. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. *Consideraciones sobre el régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros...* op. cit., pág. 718, nota al pie 54, y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. y CALDERÓN CARRERO, J.M. *El periodo de tenencia de la participación...* op. cit., pág. 36, nota al pie n° 82. En contra se situaban TERRAZA, N. y MUÑIZ, J. *New holding company regime*. European Taxation, n° 4, 1997, pág. 147.

sentencia abordaba el supuesto de dividendos distribuidos (regulados en el artículo 5 de la Directiva) y no de los recibidos (regulados en el artículo 4), sus razonamientos jurídicos versaban sobre la redacción del artículo 3, que contenía las definiciones comunes a ambos preceptos, por lo que sus conclusiones debían extenderse también al artículo 30bis.

Debemos coincidir con la opinión de estos últimos autores, por varias razones. En primer lugar, y como ya hemos apuntado en otro lugar, porque el legislador debía respetar la Directiva y no instrumentar regímenes paralelos fuera de su ámbito de aplicación. De esta forma, si el régimen de las ETVEs (que recordemos en aquellos años estaba sujeto a autorización administrativa) hubiera caído fuera de la aplicación de la Directiva matriz-filial, ello habría supuesto dejar en manos del contribuyente, que solicitaba la autorización, y de la Administración, que la concedía, la no aplicación efectiva de la Directiva matriz-filial en lo referente a los dividendos recibidos. En segundo lugar, porque la Directiva, que excluía determinadas sociedades de su ámbito por no poseer una forma jurídica determinada o no cumplir unos requisitos de sujeción y no exención (arts. 2 a) y c) respectivamente), no hacía distinción alguna entre sociedades por razón de sus actividades o de su inclusión en una u otra parte de una Ley, por lo que no debería excluirse a ningún tipo de sociedad que revistiera las formas jurídicas exigidas por la Directiva, máxime cuando la ETVE, en última instancia no era sino una sociedad ordinaria que se beneficiaba de un régimen tributario de exención como consecuencia de una solicitud específica a la Administración, pero sin que ello le otorgase un carácter diferente al de las demás sociedades. Y, por último, y en línea con lo anterior, porque si la Directiva pretendía aplicarse a las distribuciones entre filiales y matrices que cumplieran unas determinadas condiciones cuya especificación se dejaba a un cierto margen de voluntad de los Estados miembros, era obvio que también debería haberse aplicado a los dividendos recibidos por una ETVE de una filial comunitaria, cuando se cumplieran esas condiciones. El régimen de las ETVEs respetaba los mínimos establecidos por la Directiva ya que eximía de tributación tanto los dividendos recibidos por la ETVE procedentes de filiales comunitarias cuando esta hubiera poseído una participación mínima como los dividendos pagados a matrices residentes en la UE que poseyeran un porcentaje mínimo de participación (en aquella época, el 25%). En este sentido se expresaba GONZALO PECES, J.L. cuando equiparaba la exención de la que disfrutaban los no residentes por los dividendos pagados por una ETVE con una ampliación de los beneficios de la Directiva matriz-filial. Cfr. *For Spain read Separfi, not Soparfi*. *International Tax Review*, June 1997, pág. 11.

1.3.1.2. La evolución tras el Real Decreto-Ley 3/2000

La principal novedad de esta norma, que entró en vigor el 24 de junio del año 2000, fue la uniformidad en la manera de realizar el cómputo de la participación cumpliendo así la comentada sentencia Denkavit del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la norma ahora permitía aplicar la exención cumpliendo el periodo de mantenimiento de la participación con posterioridad a la distribución.

La norma, sin embargo, adolecía de un importante defecto técnico: no regulaba la forma concreta de cumplir la exención. Es decir, no preveía expresamente si la exención (i) se aplicaba *ab initio* y, posteriormente, en caso de incumplimiento, era necesario presentar una declaración complementaria y abonar los correspondientes intereses de demora; o (ii) no se aplicaba en la declaración correspondiente y posteriormente cuando se cumpliera el plazo, el contribuyente debía solicitar la rectificación de su declaración (y, consiguientemente, interrumpir la prescripción). En opinión de GONZALO PECES¹⁹⁴, que compartimos por su mayor operatividad y menores efectos negativos para el contribuyente, la opción correcta era la primera: conceder la exención *ab initio*.

Por último, y también respecto al plazo de mantenimiento, se extendió al régimen general el método de cómputo tradicionalmente aplicado hasta entonces solo para las ETVEs: debían incluirse también los plazos de posesión de la participación por otras entidades del mismo grupo del artículo 42 del Código de Comercio, de forma que, si alguna

¹⁹⁴ Cfr. GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar... op. cit.*, pág. 624.

de las mismas ya hubiera poseído la participación durante el plazo de un año, el requisito debía entenderse cumplido o, incluso, como se aceptó por la doctrina administrativa, cabía la posibilidad de cumplir el plazo a posteriori en otra sociedad del grupo, en caso de haber transmitido la entidad distribuidora del dividendo en cuestión¹⁹⁵.

En conclusión, bastaba con poseer una participación de un 5 por 100 en el capital o fondos propios de una entidad no residente, durante al menos un año, plazo que podía cumplirse computando el plazo de participación de otras entidades del grupo e incluso cumplirse a posteriori. Sin embargo, la redacción dejaba todavía una duda que tuvo que ser resuelta por la doctrina administrativa: si en caso de adquisición de participaciones en diversas fechas, el plazo de un año se exigía participación a participación o podía entenderse cumplido directamente si el plazo se cumplía en una participación mínima del 5 por 100, como aceptaron las resoluciones V0926-06 de 11 de mayo de 2006 y V0539-14 de 28 de febrero de 2014¹⁹⁶.

1.3.2. La situación en la LIS

La redacción de este requisito en el artículo 21.1 a) permaneció prácticamente sin cambios respecto a la última redacción del TRLIS:

¹⁹⁵ Así lo señaló la consulta 2028-21, de 14 de noviembre para un caso de ganancias obtenidas en la transmisión de una participación, pero que dada la redacción legal del artículo 130 de la LIS de 1995 era plenamente trasladable a supuestos de dividendos.

¹⁹⁶ Hay que resaltar que ambas resoluciones abordan un supuesto de transmisión de participaciones, pero dado que la regulación de la exención en las transmisiones de participaciones en el apartado 2 del artículo 21 se vinculaba expresamente al cumplimiento de los requisitos del apartado 1, debe entenderse aplicable también a supuestos de dividendos. Abogando también por esta interpretación, MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Oportunidades de planificación fiscal... op. cit.*, pág. 13 y GARCÍA-ROZADO, B., *Eliminación de la doble imposición, op. cit.*, pág. 474.

"La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo. Para el cómputo del plazo se tendrá también en cuenta el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias a que se refiere el [artículo 42 del Código de Comercio](#) para formar parte del mismo grupo de sociedades, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas."

En resumen, podemos concluir que la norma actual refleja la evolución desde 1996, ya que:

- El *dies a quo* se calcula al igual que en el artículo 130 de la LIS de 1995, teniendo en cuenta el cómputo de la antigüedad que la participación en cuestión tenía ya en otras sociedades del grupo.
- El *dies ad quem* sigue siendo el momento de la exigibilidad del dividendo, esto es, el momento que se acuerde por la junta general de la sociedad (artículo 276 de la LSC y 65 del Real Decreto 634/2015, de 10 de julio, de Reglamento del Impuesto sobre Sociedades ("RIS")) salvo que la normativa del país en cuestión disponga otra cosa.
- El plazo de un año se puede cumplir después de la distribución del dividendo, incluso por la posesión por otra sociedad del mismo grupo de sociedades.

En relación con el *dies a quo*, no obstante, se plantea una duda que no fue comentada por la doctrina científica con anterioridad ni resuelta en la doctrina administrativa: si el cumplimiento por parte de otra sociedad del grupo (llamémosla, A) del plazo previo de posesión de una participación en una sociedad no residente concreta (B) extiende sus efectos a otra participación en esa misma sociedad (B) que el contribuyente X del IS adquiere con posterioridad a un tercero. O, en otras palabras, si una nueva participación adquirida en una sociedad ya participada por el grupo "hereda" los plazos de posesión de otras sociedades del grupo, de forma que un dividendo recibido en menos de un año pudiera quedar exento.

En nuestra opinión, manteniendo una interpretación conservadora, no debería ser el caso dado que la norma de extensión de efectos del plazo se refiere a "la participación" ya existente en el grupo y que ahora se adquiere por el contribuyente, y en este caso concreto, la participación se adquiere a un tercero y es, por tanto, distinta de la originalmente poseída por el grupo. No somos ajenos al hecho de que al seguir esta interpretación estamos adoptando una solución distinta a la que se daría si las dos sociedades adquirentes fueran residentes en España y aparte de pertenecer al mismo grupo de sociedades del artículo 42 del CCo, pertenecieran al mismo grupo fiscal, ya que el artículo 62.1 de la LIS sí permite el computo del plazo a nivel del grupo, pero lo cierto es que la actual redacción legal no permite otra solución. Es, pues, otro defecto técnico de la norma que debería resolverse en aras de una completa eliminación de la doble imposición económica.

Retomando el análisis de la norma, la misma presenta una diferencia con el texto del TRLIS, la adición de la última

frase "con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas". Se trata, en nuestra opinión, de una mera mejora técnica de la norma que permite centrar bien el concepto de "grupo de sociedades" y que, además, es coherente con el resto de alusiones a los grupos de sociedades del artículo 42 del Código de Comercio incluidas en la nueva Ley¹⁹⁷.

Quizá lo más importante de la nueva norma sea, precisamente, lo que no incluye. Y es que el legislador ha dejado pasar la oportunidad de pronunciarse expresamente sobre los defectos técnicos ya existentes bajo el TRLIS (i) la posibilidad de entender cumplido el requisito *ab initio* en caso de cumplimiento a *posteriori*, y (ii) el cumplimiento del requisito en su totalidad para todas las participaciones adquiridas en el último año cuando ya existe una participación con antigüedad suficiente (este último resuelto solo por la doctrina administrativa comentada). Se trata de unos defectos importantes que deberían corregirse en una eventual reforma.

MACHANCOSES GARCÍA¹⁹⁸ apunta, asimismo, otro importante defecto sin corregir. En opinión de esta autora, la nueva regulación del artículo 21 ha persistido en una vulneración del Derecho de la Unión Europea y, en concreto de la libertad de establecimiento, al insistir en el mantenimiento del plazo mínimo de posesión de un año para la exención de los dividendos de fuente extranjera, plazo mínimo de posesión que no se requiere en el ámbito de la consolidación fiscal (artículos 55 y ss. de la LIS) para la no tributación

¹⁹⁷ Por ejemplo, los artículos 5.1 y 5.2, 11.9 y 11.10, 15, etc.

¹⁹⁸ Cfr. MACHANCOSES GARCÍA, E., *Los requisitos para eliminar la doble imposición económica (art. 21 y 32 LIS) a la luz de la Directiva matriz filial y de la libertad de establecimiento: especial incidencia en materia de cláusulas antiabuso*. Aranzadi, Cizur Menor, 2017, (recurso electrónico).

(exención por el sistema de neutralización en términos de esta autora) de los dividendos de sociedades residentes (únicas sociedades que, de acuerdo con el artículo 58.3 de la LIS, pueden pertenecer a estos grupos).

Aunque esta autora realiza un análisis profundo de esta discriminación, justificando la vulneración del Derecho de la Unión Europea con base en la doctrina del Tribunal de Justicia, con el que no podemos sino estar de acuerdo, creemos que la discriminación tendrá un alcance reducido, por tres razones:

- En primer lugar, porque la misma solo se producirá en participaciones en entidades no residentes superiores al 70% ó 75% de participación (requisitos para formar parte del grupo de consolidación fiscal);
- En segundo lugar, porque la discriminación se neutralizará cuando el plazo de participación en la entidad no residente se haya cumplido a posteriori; y
- Por último, porque si el plazo de un año no se hubiera cumplido a posteriori, eso implicaría que los dividendos recibidos lo habrían sido durante el primer (y único) año de participación, por lo que normalmente se corresponderán con reservas preexistentes en el momento de adquisición de la participación. Y, como ya avanzábamos en el capítulo anterior y comentaremos en más detalle en el epígrafe 4.1.1. cuando nos refiramos al concepto de ingresos a efectos de la regla del 70 por ciento, por aplicación del apartado 2.8 de la NRV 8ª del PGC esos dividendos no se registrarán como ingresos del contribuyente, sino como un menor coste de

adquisición de su participación, por lo que no podrá haber imposición, ni discriminación alguna.

Donde sí tendrá mayor alcance esa discriminación que defiende esta autora, en cambio, será en los pagos fraccionados del impuesto, realizados por contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios sea superior a los 10 millones de euros. Volveremos sobre esta cuestión más adelante en el Capítulo IV al analizar la relación del artículo 21 con otros preceptos de nuestro ordenamiento tributario.

2. La existencia de una tributación comparable al IS español

La existencia de doble imposición económica requiere por definición que el dividendo extranjero haya tributado doblemente. En otras palabras, en ausencia de una imposición previa (en el extranjero), no existirá doble imposición (internacional) y por tanto, no habrá nada que eliminar y el contribuyente deberá verse gravado por la renta obtenida¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos...* op. cit., págs. 147-149. Este autor cita un Informe de la "Royal Commission" del Reino Unido, de 1953, que señalaba que cuando el contribuyente invierte en áreas de baja tributación la adopción de un método de exención incondicional vulnera la equidad horizontal e incentiva la inversión exterior. En el mismo sentido, el Informe del Grupo de Trabajo sobre el Código de Conducta de fecha 29 de noviembre de 1999 (popularmente conocido como "Informe Primarolo", por el apellido de su Presidenta) señalaba como causantes de competencia fiscal perjudicial a "aquellas medidas que permiten la exención de dividendos de fuente extranjera en circunstancias en las que los beneficios de los que proceden los dividendos han tributado en la fuente a un nivel significativamente inferior al que habrían sufrido si hubieran tenido su fuente en el Estado Miembro. Estas medidas permiten recibir rentas procedentes de paraísos fiscales y otros regímenes perjudiciales sin ninguna carga fiscal en el Estado Miembro". Cfr. *Code of Conduct. (Business taxation). Informe del Grupo de Trabajo del Código de Conducta al ECOFIN, 29 de noviembre de 1999*, párrafo 48. Disponible en https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/primarolo_en.pdf

En este sentido, no debemos olvidar que, como avanzábamos en el Capítulo I, la eliminación de la doble imposición internacional es una exigencia de los principios de justicia tributaria²⁰⁰. Con todo, el método de exención tiene como uno de sus principales fundamentos el respeto a la tributación efectiva del Estado de la fuente, que, a su vez, en el ejercicio de su soberanía en materia tributaria, puede haber aplicado incentivos fiscales que hayan reducido la tributación efectiva que soportan sus residentes.

Esta tensión entre la necesidad de una imposición efectiva y el respeto de los sistemas tributarios extranjeros se resuelve permitiendo que la exención se condicione al cumplimiento de unos requisitos específicos que acrediten que la filial participada ha soportado un impuesto comparable al del país receptor del dividendo, o en términos de la propia LIS²⁰¹:

"... que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa, con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre aquellos.

²⁰⁰ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble... op. cit.*, págs. 65 y 69.

²⁰¹ Si bien ya no tiene efecto práctico alguno, no podemos dejar de mencionar que durante breves meses del año 2012 estuvo en vigor la Disposición adicional decimoquinta del TRLIS, en virtud de la cual, se podía conseguir la no integración en la base imponible de los dividendos de fuente extranjera que no cumplieran con el requisito de tributación comparable. Sin embargo, esa no integración no se conseguía vía la aplicación del método de exención, sino por la sujeción de estas rentas a un gravamen especial del 8 por ciento, por lo que su análisis cae fuera del ámbito de este estudio. Sobre esta cuestión, puede consultarse en la doctrina científica el magnífico trabajo de FALCÓN Y TELLA, R., *Las fórmulas transitorias de "regularización" establecidas por el RD Ley 12/2012, de reducción del déficit: los gravámenes especiales del 8% y del 10%*, Quincena Fiscal nº 8, 2012, Editorial Aranzadi.

A estos efectos, se tendrán en cuenta aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquella.

Se considerará cumplido este requisito, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información.”

Como puede advertirse, la norma legal adopta dos enfoques de comparabilidad distintos. En primer lugar, como regla general, se considera cumplido el requisito de comparabilidad cuando existe un convenio de doble imposición con ciertas características con el Estado de residencia de la entidad participada, sin ninguna otra exigencia respecto a la tributación mínima de la entidad participada.

Sin embargo, en caso de que el dividendo proceda de un Estado con el que no exista un convenio con esas características (o incluso de rentas obtenidas en un momento temporal en el que aún no había convenio en vigor²⁰²), será todavía posible cumplir con este extremo, previo análisis del cumplimiento del requisito de tributación mínima a un tipo nominal del 10 por ciento.

²⁰² Un buen ejemplo de esta doctrina se encuentra en la consulta V0495-18, de 22 de febrero, en la que la DGT concluye que “Por lo que respecta los dividendos que procedan de las rentas de la sucursal obtenidas con posterioridad a la entrada en vigor de la cláusula de intercambio de información introducida en convenio para evitar la doble imposición entre España y la Confederación Suiza, dichos dividendos cumplirán el requisito previsto en el artículo 21.1.b) de la LIS. Y respecto de los dividendos que se distribuyan con cargo a rentas obtenidas con anterioridad a dicha entrada en vigor, se entenderá cumplido el requisito de tributación mínima cuando dichas rentas hubieran tributado a un tipo nominal del 10 por ciento.”

Esta dualidad de reglas es algo novedoso en nuestro ordenamiento tributario más reciente, pero no es ajena a la normativa del Impuesto sobre Sociedades. Recordemos que cuando el legislador introdujo el método de exención en la LIS en 1996 lo hizo a través de dos preceptos distintos, los artículos 30bis y 130 de la LIS de 1995, cuya redacción de este requisito de comparabilidad era diferente entre sí (*"un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades"*, en el caso de las ETVEs y *"un impuesto²⁰³ de características comparables a este Impuesto"* en el caso de las entidades sometidas al régimen general)²⁰⁴.

²⁰³ La Ley 10/1996 introdujo luego una modificación adicional en el artículo 30bis al sustituir el término "impuesto" por "gravamen".

²⁰⁴ Otras legislaciones (como la luxemburguesa, por ejemplo) optaban ya por aquel entonces por imponer un nivel mínimo de tributación. Cfr. ROMANO, C., *Holding Company Regimes... op. cit.*, pág. 263. Sin embargo, la norma legal española, a diferencia de lo que parecía ocurrir en el artículo 121.1 de la LIS (transparencia fiscal internacional), no hacía ninguna declaración en este sentido.

Lo cierto es que si bien la doctrina²⁰⁵ dedicó a esta diferente redacción muchas discusiones²⁰⁶, la interpretación administrativa de la época e incluso el Tribunal Supremo abordaron ambas redacciones, de forma correcta, como si fueran equivalentes²⁰⁷. En nuestra opinión, el propósito

²⁰⁵ Cabría destacar dos posturas distintas. Por un lado, estarían aquellos autores que opinaban que la naturaleza análoga significaba que bastaba con que el impuesto extranjero fuera un impuesto sobre las rentas societarias, con independencia del nivel impositivo que soportasen con tal que existiera tributación y no exención. Cfr. LÓPEZ-SANTACRUZ, J.A., *Entidades... op. cit.*, pág. 969 y *Régimen de las entidades... op. cit.*, pág. 276; ERNST & YOUNG *Análisis... op. cit.*, pág. 1036; GONZALO, J.L. y FUSTER, R., *Spain displays new attractions*. *International Tax Review*, June, 1996, pág. 19; BARRENECHEA ELORRIETA, S. y SOTO RODRÍGUEZ, L. *Régimen de las entidades... op. cit.*, pág. 256; GABARRÓ, C., *Spain: considering holding regimes and other tax benefits*. *Tax Planning International Review*, n° 7, 1999, pág. 8; y LAMPREAVE MÁRQUEZ, P., *Entidades de tenencia de valores extranjeros*, *Impuestos*, n° 6, 2000, pág. 118. Y, por otro, cierta doctrina consideraba que era suficiente con que el impuesto extranjero cumpliera las características del artículo 1 de la LIS: "El Impuesto sobre Sociedades es un tributo de carácter directo y naturaleza personal que grava la renta de las sociedades y demás entidades jurídicas de acuerdo con las normas de esta ley". Así RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E., *Sociedades holding... op. cit.*, pág. 5; ERNST & YOUNG, *Análisis... op. cit.*, pág. 437; GONZÁLEZ NARBONA, J.C., *Cuáles son las ventajas reales del régimen español de sociedad holding (E.T.V.E.). Uso y práctica*. *Gaceta Fiscal*, n° 172, 1999, pág. 197 y CARREÑO, F., *Régimen de las entidades... op. cit.*, pág. 2214, si bien este autor apuntaba que dado que casi cualquier impuesto cabría bajo la definición del artículo 1 de la LIS, no podía darse una respuesta general y cada caso merecería una respuesta concreta.

²⁰⁶ Algunos autores consideraban que la exigencia del art. 30bis.3 b) de un gravamen de características comparables era distinta y más restrictiva que la del art. 130.1 b), un gravamen "de naturaleza idéntica o análoga", ya que "el legislador está diciendo que no basta sólo con que el impuesto extranjero grave el beneficio de las personas jurídicas, esto es, que tenga la misma naturaleza, sino que debe examinarse si las demás características son homologables a las de nuestro Impuesto sobre Sociedades". Cfr. BARRENECHEA ELORRIETA, S. y SOTO RODRÍGUEZ, L. *Régimen de las entidades... op. cit.*, págs. 251-252 y 256. También, por ejemplo, DE JUAN Y PEÑALOSA, J.L. y RAVENTÓS CALVO, S., *El nuevo método de exención... op. cit.*, pág. 61. En contra, por ejemplo, se situaba, RUIZ GARCÍA cuando analizando el art. 29 LIS (equivalente al actual artículo 31 sobre deducción por doble imposición jurídica internacional y que contenía la misma redacción a estos efectos que el art. 130 LIS) opinaba que el artículo 30bis era menos restrictivo. Cfr. *La deducción... op. cit.*, pág. 282. En su misma línea se pronunciaban FALCÓN Y TELLA, R., *Capítulo IV... (1997)*, *op. cit.*, págs. 175 y 176; y LÓPEZ RODRÍGUEZ, J., *Alcance del término "impuesto comparable" utilizado en los artículos 29 bis y 30bis de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades*. *Carta Tributaria Monografías*, n° 322, 1999, pág. 6.

²⁰⁷ En el ámbito administrativo, era destacable la consulta 0959-99 de 8 de junio de 1999 sobre la comparabilidad del Impuesto sobre Sociedades uruguayo, país con el que por aquel entonces no existía aún convenio de doble imposición en vigor. Y, con respecto al Tribunal Supremo, GONZALO PECES apunta dos Sentencias de 15 de noviembre de 2011 (9029-2011) y 22

último de ambos preceptos era idéntico: servir como término de comparabilidad para la aplicación de la norma de eliminación de la doble imposición económica sufrida por los dividendos de fuente extranjera. Así pues, si ambos preceptos buscaban el mismo resultado (aunque para entidades distintas), era conclusión necesaria que podían, y debían, interpretarse de la misma forma, como si un impuesto de naturaleza idéntica o análoga fuera lo mismo que un impuesto de características comparables²⁰⁸. La utilización de distintas definiciones del impuesto homologable era un ejemplo claro del escaso cuidado del legislador en unificar conceptos o en explicar la razón de las diferencias terminológicas, que desde luego no ayudaba a la seguridad jurídica requerida en esta materia.

Volviendo a la regulación actual, y antes de iniciar su análisis, es necesario recordar que la existencia de un convenio de doble imposición como término de comparabilidad de los impuestos extranjeros no se incluía en el Anteproyecto inicial de Ley del Impuesto sobre Sociedades que se publicó el 23 de junio de 2014²⁰⁹. Esto es, la norma inicialmente planteada en el Ministerio de Hacienda adoptaba un enfoque exclusivamente de tributación mínima, partiendo de la sujeción y no exención de la entidad participada a un

de marzo de 2012 (1937-2012), ambas en relación con el Impuesto sobre Sociedades de Puerto Rico y la segunda de ellas, específicamente, en relación con el artículo 30bis de la LIS de 1995. En ambos casos, el Tribunal Supremo parte de la base de que un impuesto de características comparables (redacción, recordemos, del artículo 30bis) no es distinto de un impuesto de naturaleza idéntica o análoga, y nada exige realizar una comparación específica del gravamen en cada país. Cfr. GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar...* op. cit., pág. 629, nota al pie 42.

²⁰⁸ En este sentido, cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *El régimen de las entidades...* op. cit., pág. 994, nota al pie n° 40, quien señala que “a pesar de que el artículo 30bis no emplea los mismos términos que el artículo 130 LIS (...) se puede entender que ambos artículos reflejan la misma idea”.

²⁰⁹ Disponible en <https://www.fiscal-impuestos.com/sites/fiscal-impuestos.com/files/anteproyecto-ley-is.pdf>

impuesto sobre la renta con un tipo nominal del 10%. La reintroducción del criterio convencional en la redacción legal se produjo tras las alegaciones recibidas en el trámite de audiencia e información pública del Anteproyecto, de forma que la primera versión del Proyecto de Ley remitido por el Consejo de Ministros a las Cortes para su aprobación reincorporó, sin más explicación la regla de comparabilidad. Se creó así el actual esquema dual de comparabilidad con una regla general basada en la existencia de un convenio de doble imposición (la "regla convencional") y una regla subsidiaria de tributación mínima, como formas alternativas de cumplir con el requisito de tributación comparable comentado.

2.1. La regla convencional

El tercer párrafo del artículo 21.1 b) de la LIS dice así:

"Se considerará cumplido este requisito, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información."

2.1.1. Antecedentes

La regla convencional es el criterio tradicional de la normativa española desde 1998, año en el que el artículo 30bis vio modificada su redacción²¹⁰ para eliminar el requisito de inversión en un Estado con el que existiera un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información, que pasó a convertirse, a través de una

²¹⁰ A través de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

presunción *iuris tantum*²¹¹, en el verdadero término de comparabilidad²¹² de los impuestos extranjeros.

Durante estos primeros años, la DGT afrontó el análisis de la comparabilidad desde una perspectiva casi literal y cuantitativa del término²¹³, exigiendo la comparación de las estructuras de los impuestos y del grado de tributación, como veremos más adelante al analizar los requisitos de

²¹¹ No es nuestra intención abordar toda la polémica que suscitó la naturaleza *iuris tantum* de esta presunción ya eliminada de nuestro ordenamiento, pero no podemos dejar de mencionar los argumentos de MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO, que abogaron, sin ambages, por su eliminación, con base en dos argumentos incontestables. En primer lugar, porque, respecto a las filiales residentes en otros Estados de la UE, la norma no respetaba la Directiva matriz-filial, cuyo artículo 2c) establecía una lista de impuestos sobre sociedades cubiertos por la misma. Dicha lista ya implicaba la comparabilidad de todos los Impuestos sobre Sociedades allí citados, que España no podía limitar mediante la exigencia de la existencia de un convenio de doble imposición que contuviera cláusula de intercambio de información. Y, en segundo lugar, porque la presunción infringía los convenios de doble imposición suscritos por España, cuyo artículo 2 contiene una lista de impuestos a los que resulta aplicable y a los que el otro Estado reconoce ya *per se* su comparabilidad con los propios y con base en la misma elimina cualquier doble imposición existente. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. y CALDERÓN CARRERO, J.M., *El periodo de tenencia de la participación...* op. cit., págs. 29 y 30, nota al pie n° 63. Este segundo argumento quizá era menos potente que el primero, dado que siempre podría argumentarse que la inclusión en el artículo 2 de los convenios de una lista de impuestos "comparables" entre los dos Estados es únicamente a los efectos de aplicar el convenio y, en su caso de eliminar la doble imposición de acuerdo con las disposiciones de ese propio convenio. O, en otras palabras, que para que esa lista de impuestos surta efectos en la normativa interna era necesario que la propia normativa interna así lo estableciera. Sin embargo, como decimos, el primer argumento sobre la incompatibilidad con la Directiva matriz-filial era, en nuestra opinión, no rebatible, dada la prevalencia directa del Derecho de la UE sobre el Derecho interno español.

²¹² Si bien la presunción se incluyó únicamente en el artículo 30bis, en nuestra opinión, dado que el artículo 130 debía interpretarse en idéntico sentido también le era aplicable a este último, de suerte que un impuesto debía considerarse de naturaleza idéntica o análoga a efectos del art. 130 LIS cuando España y el Estado en cuestión tuviesen en vigor un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información. Esta duda, en cualquier caso, dejó de tener sentido a partir de la promulgación del Real Decreto-Ley 3/2000, que modificó la redacción del artículo 130 de la LIS con una referencia al cumplimiento del artículo 30bis.

²¹³ Contra la interpretación cuantitativa del 30bis y su traslado al nuevo artículo 20bis se pronunció muy taxativamente CALDERÓN CARRERO. Cfr., *La planificación fiscal internacional basada en el artículo 20bis LIS: La sujeción a un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga*, Carta Tributaria 21/2002, pág. 4 y ss.

sujeción y no exención y el concepto de impuesto sobre la renta. Este grado profundo de análisis permitía una excesiva discrecionalidad administrativa pero también que contribuyentes con inversiones en países sin convenio de doble imposición o en países con convenio pero que carecía de cláusula de intercambio de información (en aquel momento, Suiza²¹⁴), pudieran probar *per se* que su filial estaba sujeta y no exenta a un impuesto comparable. En la práctica, a lo que llevó la presunción *iuris tantum* de la Ley 66/1997 fue a que la Dirección General de Tributos se viera obligada a responder numerosas consultas tributarias sobre la materia.

Para evitar esta indeterminación y otorgar mayor seguridad jurídica, el legislador optó por una nueva modificación legal a partir del 1 de enero de 2004 a través de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Esta modificación supuso el inicio de la segunda fase del requisito de comparabilidad, que se extiende hasta la actualidad y que la construye no en torno a un análisis concreto de los rasgos del impuesto en cuestión, sino directamente en torno a la mera existencia de convenio de doble imposición con el Estado de residencia de la entidad participada, que sea aplicable a esta última, que se convierte así en un término de comparabilidad de carácter objetivo.

En opinión de GARCÍA-ROZADO²¹⁵ la modificación favorecía la internacionalización de las empresas españolas hacia aquellos países o territorios con los que existía un convenio

²¹⁴ FALCÓN Y TELLA parecía opinar que en el caso de Grecia, con la que por aquel entonces no existía convenio de doble imposición en vigor, podría aplicarse siempre el método de exención, ya que de lo contrario ello habría supuesto una discriminación en relación al resto de Estados Miembros de la Unión Europea. Cfr. *Capítulo IV... (1997)*, *op. cit.*, pág. 179. En idéntico sentido, cfr. MACHANCOSES GARCÍA, E., *La tributación de los beneficios... op. cit.*, pág. 62.

²¹⁵ Cfr. GARCÍA-ROZADO, B., *Eliminación de la doble imposición*, *op. cit.*, pág. 475.

de aplicación y era lógica por cuanto el anterior apartado c) del artículo 21.1 requería que las rentas repatriadas procediesen al menos en un 85% de la realización de actividades económicas, lo que garantizaba que la exención se focalizara en dividendos de participadas que realizaban actividades económicas. Cabría preguntarse, pues, si esa justificación todavía está vigente en el contexto de la Ley 27/2014, que como veremos no está basado en el origen empresarial de las rentas recibidas como dividendos. Sobre esta cuestión volveremos oportunamente en el Capítulo IV de esta obra.

2.1.2. Naturaleza jurídica de la norma

Respecto a la caracterización jurídica de la regla de comparabilidad, diversos autores²¹⁶ opinan que se configura como una presunción *iuris et de iure* dado que su redacción no permite prueba en contrario. Sin embargo, no podemos estar de acuerdo. Como ya apuntó MARÍN-BARNUEVO²¹⁷, no cualquier norma que exima de prueba puede ser calificada como una presunción. Según este autor:

"... existe una serie de supuestos muy específicos que (...) tienen una naturaleza distinta a la de las reglas de presunción. Estos supuestos mencionados son los de aquellas normas en las que la consecuencia jurídica se hace depender de la concurrencia de distintos hechos

²¹⁶ Cfr. CALVO VÉRGEZ, J., *La tributación de las ETVES en el IS.. op. cit.*, pág. 10; GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar.. op. cit.*, pág. 626 y 640; MACHANCOSES GARCÍA, E., *Los requisitos para eliminar la doble imposición económica.. op. cit.*, Sección II, III; LÓPEZ POMBO, D., *Corrección de la Doble Imposición.. op. cit.*, pág. 427 y CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación*, en VV.AA. "Fiscalidad Internacional", Vol. 1, 7ª ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2019, pág. 385.

²¹⁷ Cfr. MARÍN-BARNUEVO FABO, D., *Presunciones y técnicas presuntivas en derecho tributario*. Edit. McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1996, pág. 70.

perfectamente individualizables, y en las que, por alguna circunstancia, el legislador ha considerado oportuno eximir de la prueba de alguno de ellos en orden al reconocimiento del derecho."

Y es que, para este autor, en las presunciones *iuris et de iure* (también llamadas presunciones absolutas):

"la consecuencia jurídica X, normalmente prevista para un hecho distinto al que efectivamente ha tenido lugar (B), se vincula directamente a la realización de un hecho (A)"²¹⁸.

Y, más adelante, concluye que este tipo de normas:

"... responden al esquema general de las normas sustantivas, consistente en vincular una consecuencia jurídica a la realización de un determinado presupuesto de hecho, si bien dicha consecuencia jurídica no es definida explícitamente, sino por remisión al régimen jurídico de otro hecho distinto..."²¹⁹

No es este el caso de la norma que nos ocupa, en la que la consecuencia jurídica (considerar cumplido el requisito de tributación comparable) no está normalmente prevista para un hecho distinto al que efectivamente ha tenido lugar (ser residente en un país con un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información) ni se define por remisión a ningún otro hecho distinto.

Como puede apreciarse, no existe ningún contenido presuntivo en esta norma que, por otra parte, presenta la naturaleza propia de la norma jurídica en la que partiendo de un

²¹⁸ *Ibidem*, págs. 121 y 122.

²¹⁹ *Ibidem*, pág. 122.

presupuesto de hecho (ser residente en determinado Estado) se le asigna una consecuencia jurídica (cumplir el requisito de tributación comparable) y, siguiendo a MARÍN-BARNUEVO se correspondería más bien con la categoría jurídica de las "reglas definitorias", categorías utilizadas para "delimitar un concepto, especificar o completar el contenido de un término utilizado por el legislador"²²⁰.

En cualquier caso, debemos advertir, que esta discusión tiene un limitado alcance práctico. Acaso cabría plantearse si el hecho de no tener carácter de presunción *iuris et de iure* podría resultar en la admisión de prueba en contrario, como parece hacer SANZ GADEA, cuando mantiene que la mera aplicación de un convenio de doble imposición no puede sustituir el requisito de que la entidad participada esté sometida a una tributación nominal superior al 10%²²¹.

En nuestra opinión, con la actual redacción legal en la mano, esta discusión no tiene mucho recorrido. No debemos olvidar que el legislador dispone de una amplia tipología de normas jurídicas a su disposición. Si en esta ocasión ha optado por utilizar una regla definitoria, en el sentido dado por MARÍN-BARNUEVO, y la misma no admite excepciones expresas, ello no deja ninguna opción al respecto que entender que la mera aplicación de un convenio de doble imposición a la entidad participada le hace cumplir automáticamente el requisito de tributación comparable.

²²⁰ *Ibidem*, págs. 165 y 166.

²²¹ Es necesario advertir que este autor llega a esta conclusión por sus propias convicciones sobre la configuración de este requisito, pero sin analizar el carácter *iuris et de iure* de la norma. Cfr. *El resultado financiero..(II)*, op. cit., pág. 26.

2.1.3. Análisis de sus requisitos

Tras la modificación de la Ley 62/2003, la norma es mucho más clara y deja menos espacio a la interpretación administrativa: es comparable el impuesto de aquel país con el que España tenga suscrito un convenio de doble imposición, con cláusula de intercambio de información, que le sea de aplicación a la entidad participada y ello aunque no exista tributación efectiva en la misma²²².

No obstante, la lectura del apartado b) del artículo 21.1 y las interpretaciones que sobre el mismo ha realizado la DGT, merecen algunos comentarios detallados.

En primer lugar, el párrafo se inicia estableciendo que "se considerará cumplido este requisito cuando...". Se trata de una redacción que parece desconectar a este requisito de los

²²² Como acabamos de ver, SANZ GADEA expresa una posición contraria, bajo el régimen de la Ley 27/2014 al relacionar la existencia de un convenio y la tributación nominal del 10%. Una posición más matizada adoptaba GÓMEZ JIMÉNEZ bajo el antiguo TRLIS, para quien la norma en su redacción de 2004 estaba clara, pero debía modificarse para excluir estos supuestos. Cfr. *Análisis crítico del artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Alternativas de reforma*. Cuadernos de Formación, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I., Colaboración 03/06, pág. 51. Sin embargo, la cuestión está muy clara en la doctrina administrativa, que admitía la aplicación de la exención en supuestos en que la entidad participada residía en un Estado con el que existía convenio en vigor, a pesar de que dicha entidad estuviera sometida a regímenes especiales de tributación. Por poner algunos ejemplos, se pueden citar bajo el régimen del TRLIS, las consultas V0411-05, de 17 de marzo sobre una filial tunecina sometida a un régimen de exención total por diez años; V0565-05, de 5 de abril sobre un régimen especial de tributación para microempresas en Rumanía con un tipo de gravamen del 1,5%;, V1650-08, de 4 de septiembre y V1147-10, de 27 de mayo, ambos sobre dividendos distribuidos por una filial marroquí sometida a un régimen de exención temporal; V0492-09, sobre un fondo de inversión inmobiliaria turco sometido a un régimen fiscal especial; V0128-14 de 22 de enero, sobre una filial sometida a un régimen territorial de tributación en Hong-Kong; o V0004-15, de 2 de enero sobre un establecimiento permanente exento en Estados Unidos. Igual criterio existe con la LIS, como se aprecia en las consultas V0891-16, de 9 de marzo y V0495-18, de 22 de febrero sobre exenciones temporales en Suiza. Con todos estos países y territorios existían en aquellos momentos convenios de doble imposición en vigor con las características requeridas por la Ley.

párrafos anteriores del apartado b), sugiriendo que no será necesario entonces ni estar sujeto y no exento a un impuesto extranjero ni que la misma se haya producido *"en el ejercicio que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa"*. Bastaría pues con que la entidad participada residiera en un Estado con el que exista el mencionado convenio de doble imposición con independencia de todo lo demás.

No debe ser esta la interpretación a dar a esta frase. Evidentemente, la mera aplicación de un convenio de doble imposición requerida por la norma supone que la entidad participada debe haber sido residente en el Estado en cuestión, pero también que debe haber estado sujeta y no exenta a un impuesto de los citados en el artículo 2 del correspondiente convenio, que son todos impuestos sobre la renta.

En cuanto al criterio de sujeción a tributación en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios, tampoco nos parece posible entenderlo cumplido por la mera existencia de un convenio de doble imposición. Tampoco lo ha interpretado así la DGT (por ejemplo, en la citada consulta V0495-18 sobre el convenio de doble imposición con Suiza).

En segundo lugar, se exige que España *"tenga suscrito"* un convenio de doble imposición con ciertas características con el país de residencia de la entidad participada. Se trata de una redacción algo imprecisa y confusa ya que la suscripción de un convenio de doble imposición no presupone necesariamente que esté en vigor. Técnicamente debería referirse al vigor de la norma y no a la suscripción. Es cierto que este defecto se resuelve luego con la exigencia

de "que le sea de aplicación", pero en conjunto queda una redacción extraña.

En tercer lugar, la norma requiere que el convenio en cuestión sea aplicable a la entidad participada (*"la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio (...) que le sea de aplicación"*). En la interpretación administrativa, esto viene a considerarse como algo equivalente a que el convenio no contenga ninguna exclusión de las rentas en cuestión o de la propia entidad participada. Este criterio ha sido desarrollado por la propia DGT de forma específica en sus consultas V1345-13, de 19 de abril, y, especialmente, V1000-15, de 27 de marzo, en relación ambas con inversiones en Panamá, país cuyo convenio de doble imposición contiene en su protocolo diversas cláusulas limitadoras de la aplicación del convenio.

En concreto, el apartado IV de dicho protocolo excluye la aplicación del artículo 10 sobre dividendos²²³ pagados por una entidad residente en Panamá cuando los mismos traigan origen de beneficios obtenidos en España o en países con los que España no tenga un convenio de doble imposición y no hayan sido sometidos a tributación en Panamá. Por otro lado, el apartado VII excluye de aplicación los artículos 6 a 22 para los casos de rentas procedentes de servicios prestados en el exterior y no gravados como consecuencia del sistema territorial de tributación existente en Panamá (cuestión sobre la que volveremos en más detalle al analizar la situación cuando no existe un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información).

²²³ También aplicable a los artículos 11, intereses, 12, cánones y 13, ganancias de capital.

La DGT concluye que dichas cláusulas IV y VII suponen de facto una limitación para el cumplimiento del requisito de tributación comparable. En nuestra opinión, la interpretación de la DGT en relación al apartado VII puede ser correcta, dado que el mismo excluye directamente la aplicación del convenio, por lo que los dividendos distribuidos procedentes de operaciones en el extranjero no podrían considerarse como cumplidores de este requisito. No así la interpretación del apartado IV, que no tiene en cuenta la verdadera finalidad de este tipo de cláusulas antiabuso.

Y es que, en general, las cláusulas de limitación de beneficios no implican que el convenio de doble imposición no sea aplicable a la filial, sino, simplemente, que dichas disposiciones no se aplican a la matriz y recordemos que el artículo 21.1 b) de la LIS exige que a quien debe ser aplicable el convenio es a la entidad participada.

Asimismo, el apartado IV del protocolo tiene como función obligar a Panamá a no aplicar reducciones de tributación en la fuente a entidades matrices españolas, y, por tanto, aplicar su normativa interna (que en el caso de los dividendos prevé tributación de la entidad matriz española a tipos entre el 5 y el 10 por ciento, en función de diversas circunstancias). Al negar la aplicación de la exención por la aplicación del párrafo IV del protocolo, la DGT está consagrando una situación de posible doble imposición simplemente para negar la utilización de Panamá como sociedad holding, cuando es posible que los dividendos traigan causa de dividendos de otros países (incluido España) en los que hayan tributado, o que incluso las rentas que hubieran generado los mismos pudieran haber tributado en la fuente.

Quizá por ello la propia DGT parece corregirse al final de la consulta para matizar que *"es preciso analizar si las "Filiales" han estado gravadas por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades español"*²²⁴. Teniendo en cuenta que esta regla ya estaba presente en la redacción del artículo 21.1 c) del TRLIS en vigor en el momento de emisión de la primera de estas consultas (y lo está en el artículo 21.1 b) de la LIS actual), quizá habría sido más correcto técnicamente abordar esta cuestión desde esta perspectiva y exigir la tributación comparable de las entidades participadas, sin forzar la interpretación del convenio.

En nuestra opinión, el requisito de aplicación del convenio a la entidad participada debe entenderse como que esta última sea considerada como residente a los efectos del artículo 4 del convenio correspondiente. Como destaca VEGA BORREGO²²⁵, el artículo 4 del MCOODE adopta exclusivamente criterios de carácter material para considerar a una persona jurídica como residente, sin admitir criterios subjetivos como la nacionalidad o la constitución. Sin embargo, otros modelos, como el de Estados Unidos o el de la ONU sí aceptan el criterio de constitución. Será, pues, necesario analizar en cada caso concreto si la entidad participada es residente de acuerdo con los criterios del convenio en cuestión, que pueden ser distintos en cada caso. Si la DGT, en cambio, considera que cualquier limitación a la aplicación del

²²⁴ Esta salvedad no evita la doble imposición jurídica que se consolida por la tributación tanto en Panamá como en España, pero que, lógicamente deberá poder evitarse a través del método de imputación del artículo 31 de la LIS.

²²⁵ Cfr. VEGA BORREGO, F.A., *Las medidas antiabuso en los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional*. En VV.AA. Manual de Fiscalidad Internacional, Vol. II., 4ª ed., 2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, pág. 1453, así como *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017, pág. 74.

Convenio, incluso las que afectan a la entidad matriz, supone un incumplimiento del requisito de tributación comparable, la solución sería modificar la redacción legal, pero no parece lógico realizar una interpretación extensiva contraria a la norma, en general, y al espíritu del principio de neutralidad en la importación de capitales que inspira al método de exención, en particular. Recordemos, a estos efectos, que este principio se basa en la aceptación de la tributación de la filial, ignorando la de la entidad matriz.

En íntima relación con esta materia se encuentra el impacto de las cláusulas de limitación de beneficios (LOB en su terminología anglosajona) en la consideración de una entidad como residente. La cuestión no es fácil en absoluto ni tiene una respuesta única²²⁶, dada la diferente tipología de cláusulas anti-abuso previstas en general en el artículo 1 del MCOODE y en la Acción 6 del Proyecto BEPS que se encargó de esta materia.

En opinión de VEGA BORREGO²²⁷, las cláusulas de limitación de beneficios tienen como principal efecto incrementar los requisitos necesarios para tener derecho a los beneficios de los convenios, pero sin que su objetivo sea, en principio, denegar o condicionar la aplicación de los mismos, en función de la tributación efectiva de la entidad participada. Y es

²²⁶ No es propósito de esta obra analizar en profundidad la aplicabilidad de los convenios de doble imposición suscritos por España a entidades participadas extranjeras, pero para un análisis completo de las mismas consideramos que hay dos autores indispensables, como VEGA BORREGO y CARMONA FERNÁNDEZ. De entre la profusa obra de ambos autores, destacaríamos, VEGA BORREGO, F.A., *Las medidas antiabuso en los convenios... op. cit.*, CARMONA FERNÁNDEZ, N. *Capítulo II Ámbito de aplicación de los convenios de doble imposición*. En VV.AA. "Todo Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea". CISS, Valencia, 2019, sección 4.6. (recurso electrónico) y VEGA BORREGO, F.A., *Limitation on Benefits... op. cit.*

²²⁷ Cfr. VEGA BORREGO, F.A., *Las medidas antiabuso en los convenios... op. cit.*, pág. 1454.

que, como ya avanzábamos más arriba, las cláusulas de limitación de beneficios impiden en general a la matriz beneficiarse de las reducciones o exenciones del convenio, pero no a la entidad participada.

En cualquier caso, como decimos, la respuesta a esta cuestión no puede ser unívoca, y, en nuestra opinión, depende del tipo de cláusulas de limitación de beneficios. Así, por ejemplo, si la limitación toma la forma de una "cláusula de exclusión" expulsando a ciertas entidades del ámbito del convenio de forma específica²²⁸, es evidente que los dividendos de estas entidades no serán elegibles para la exención del artículo 21.

En cambio, otros tipos de cláusulas de limitación de beneficios, como las de transparencia²²⁹, que tienen por objetivo negar la aplicabilidad del convenio a los perceptores de rentas que estén controlados por no residentes

²²⁸Este era el caso, precisamente, del Apartado VII del convenio de doble imposición antes citado. Sin ánimo de exhaustividad, otros ejemplos de cláusulas de exclusión serían las referentes a los «Fondos de Inversión de Capital Extranjero» regulados en la Ley n° 18.657 chilena (apartado I del protocolo al convenio de doble imposición con Chile); las entidades que se beneficien del régimen especial de Labuán (apartado 4 del protocolo al convenio de doble imposición con Malasia); las Sociedades Anónimas Financieras de Inversión (SAFI), Instituciones Financieras Externas (IFE) y zonas francas que presten servicios financieros (apartado I del protocolo al convenio de doble imposición con Uruguay); las *International Finance Companies* o sociedades acogidas a la Ley sobre sociedades comerciales extranjeras de 1984 u otras similares (apartado V del convenio de doble imposición con Jamaica); así como la referente a ciertas otras personas y sociedades sujetas a regímenes fiscales especiales, incluidas ciertas entidades navieras, en el convenio de doble imposición con Malta (artículo 27).

²²⁹ Esta cláusula se encuentra presente en los convenios suscritos por España con Bélgica (artículo 2 del protocolo), Bolivia (artículo 1 del protocolo), Croacia (artículo V del protocolo), Cuba (artículos 8 y 9 del protocolo), Eslovenia (artículo II del protocolo), Estonia (artículo VI del protocolo), Irlanda (artículo 3 del protocolo), Israel (artículo 3 del protocolo), Islandia (artículo II del protocolo), Jamaica (artículo 1 del protocolo), Letonia (artículo VII del protocolo), Lituania (artículo VII del protocolo), Malasia (artículo 5 del protocolo), Portugal (artículo 3 del protocolo), Rusia (artículo V del protocolo), Sudáfrica (artículo II del protocolo) y Vietnam (artículo VIII del protocolo).

en un Estado contratante, no deberían tener un impacto directo en la aplicabilidad de la exención dado que no se refieren a la entidad participada sino a su socio. Similar razonamiento podría aplicarse a otros tipos de cláusulas de limitación de beneficios como las de tránsito (que, si bien muy escasas en la normativa convencional española, pretenden evitar la aplicación de reducciones o exenciones en los pagos a un socio controlado por un tercero) o incluso a las cláusulas de propósito principal (PPT por sus siglas en inglés) que atienden al propósito de la constitución del socio para negarle, en su caso, los beneficios del convenio.

Con todo, siempre habrá que estar al tipo concreto de cláusula y a su redacción específica antes de poder concluir definitivamente sobre una cuestión tan compleja.

Por otra parte, el concepto de "residente" a efectos de un convenio depende en primer lugar de que la entidad en cuestión lo sea a efectos internos. Esto es, obviamente, algo que debe determinarse conforme a la legislación de cada jurisdicción, pero este reenvío del legislador español podría causar problemas de índole práctica, por lo que la DGT ha optado por considerar en diversas consultas tributarias²³⁰, que:

"...serán las autoridades (...) las que a través de la emisión de un certificado de residencia a efectos del convenio le otorguen tal condición a la entidad participada."

²³⁰ Entre otras, por ejemplo, las consultas de 22 de enero de 2009 (V0129-09), 27 de mayo de 2010 (V1147-10), 18 de diciembre de 2015 (V4079-15) y 9 de marzo de 2016 (V0891-16).

La obtención de un certificado de residencia puede ser complicada de conseguir, sea por estructuras de inversión en las que la sociedad española ostenta una participación del 5 por 100, sea porque no todas las administraciones tributarias extranjeras emitan certificados de este tipo o incluso porque los emitan solo a efectos puramente internos, pero no de convenio²³¹.

Asimismo, esta exigencia resulta algo incoherente desde el propio punto de vista de los certificados. Lo que pretende un certificado de residencia fiscal es permitir al contribuyente al que se refieren invocar la aplicación de un convenio de doble imposición, mientras que, en este caso, la entidad que lo solicita no va a invocar la aplicación de convenio alguno y el certificado va a servir a una entidad residente en otro país (España) para beneficiarse de una exención de su norma interna.

Desde nuestro punto de vista, la exigencia de un certificado de residencia fiscal a efectos de convenio resulta exagerada y, como acertadamente defendía MARTÍN JIMÉNEZ²³², exigir la residencia bajo el convenio supone dejar en manos de la Administración Tributaria de otro Estado la aplicación de esta exención. Si lo que pretende el legislador es comprobar la posible aplicación de un convenio de doble imposición, en su caso, debería valer con un certificado de residencia fiscal ordinario, dado que, como se señala en el artículo 4.1 del Modelo de convenio de la OCDE (cuya redacción está presente en todos los convenios españoles, a estos efectos),

²³¹ Este fue el caso de Irlanda, cuyas autoridades tributarias en el año 2017 realizaron una instrucción interna a sus oficinas de gestión tributaria para emitir únicamente certificados ordinarios y no a efectos de los convenios. Ver: <https://www.revenue.ie/en/tax-professionals/ebrief/2017/no-272017.aspx>

²³² Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Oportunidades de planificación fiscal...* op. cit., pág. 8.

los convenios son de aplicación a todas las personas sujetas a imposición en un Estado contratante por razón de su residencia en el mismo. En su defecto, también debería valer cualquier otro medio de prueba, en virtud del artículo 106.1 de la LGT²³³.

Por tanto, en nuestra opinión, esta exigencia debería simplificarse, bastando con que la entidad española demostrara la residencia de su participada en un país con el que exista convenio de doble imposición, por cualquier medio de prueba válidamente admitido en Derecho.

Y, por último, se requiere expresamente que el convenio de doble imposición en cuestión disponga de una cláusula de intercambio de información²³⁴. La referencia a esta cláusula

²³³ De hecho, este criterio de admisión de cualquier medio de prueba ya fue aceptado por la DGT en su consulta 0398-00, de 1 de marzo en relación con la exención de los dividendos recibidos por una ETVE, pero también en relación con la acreditación de la residencia fiscal a otros efectos, como diversas consultas en relación con el convenio de Arabia Saudí (p.e. las V0665-13, de 4 de marzo, V1453-14, de 30 de mayo, V4069-15, de 17 de diciembre o V1530-18, de 5 de junio). Igualmente podemos encontrar este criterio en algunas Sentencias de la Audiencia Nacional relativas a residencia de personas físicas, como las de 23 de octubre de 2008 (Rec. 104/2006), 30 de abril de 2009 (Rec. 461/2005) y 16 de mayo de 2013 (Rec. 226/2010).

²³⁴ Como señalaron en su día CALDERÓN CARRERO y RUIZ GARCÍA en comentarios realizados en relación con la presunción *iuris tantum*, pero plenamente aplicables a la norma que nos ocupa, el precepto no exige mayores precisiones sobre el contenido y alcance, más o menos amplio, de la cláusula en cuestión. Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *Amendments to Spanish methods... op. cit.*, pág. 195, nota al pie nº 24, y RUIZ GARCÍA, J.R., *La deducción por dividendos extranjeros. Los artículos 30 y 30 bis de la Ley del impuesto sobre sociedades*. En VV.AA. "Estudios sobre el impuesto de sociedades", *op. cit.*, pág. 284. Para este último autor, ello implicaba que comprendía fundamentalmente los convenios que permiten intercambiar información necesaria para la aplicación del convenio y de los sistemas tributarios de los Estados contratantes (cláusula de intercambio de información en sentido amplio), pero su finalidad no parecía incluir las cláusulas que se limitaban al intercambio de información necesaria para la aplicación del convenio (cláusula de intercambio de información en sentido estricto). Lo cierto es que la doctrina administrativa nunca ha dado ninguna importancia al tipo de cláusula de cada convenio de doble imposición como, por otra parte, es lógico si se sigue la tesis objetiva de que basta con la mera existencia de un convenio de doble imposición aplicable al contribuyente para cumplir con el requisito.

tenía efectos prácticos hasta el 1 de junio de 2007, fecha a partir de la cual el convenio con Suiza, único que hasta entonces no disponía de cláusula de intercambio de información, incorporó la misma. En cualquier caso, ahora mismo es casi una cláusula de contenido retórico dado que todos los convenios de doble imposición españoles prevén disposiciones sobre el intercambio de información y no es esperable que España vuelva a firmar un convenio de doble imposición sin ellas. En consecuencia, podemos afirmar que no tiene una importancia específica, debiendo interpretarse que lo que se busca no es tanto que España pueda intercambiar información (que se puede hacer siempre bien con los convenios, bien a través de otros instrumentos internacionales existentes), como disponer de un convenio de doble imposición con el Estado de residencia de la filial no residente, ya que éste será el término de comparabilidad del impuesto extranjero²³⁵.

2.2. La regla de tributación mínima

Como señalábamos más arriba, si no existe convenio de doble imposición aplicable, el apartado b) del artículo 21 admite la aplicación de la exención cuando el impuesto extranjero supone una tributación mínima. O, dicho de otra forma, la tributación mínima se convierte en la Ley 27/2014 en una regla subsidiaria, cuya aplicación no es necesaria cuando los dividendos proceden de un Estado con el que existe un convenio de doble imposición en vigor.

²³⁵ Un enfoque similar se adopta en la consulta V4079-15, de 18 de diciembre cuando ignora la existencia de un acuerdo de intercambio de información con Curaçao al analizar la aplicación de la exención y entra a analizar el impuesto de dicho territorio.

La regla pues, pierde mucha importancia, como explicaremos más adelante en el epígrafe 2.2.3., pero aun así el legislador quiso incluirla, descomponiéndola en tres elementos: dos de índole cualitativa que deben cumplirse con carácter previo, esto es, la sujeción y no exención a un impuesto extranjero y que ese impuesto tenga por objeto la renta. Y un tercero de índole cuantitativa, que el impuesto extranjero tenga un tipo nominal del 10 por ciento, que era la verdadera novedad de la reforma de la Ley 27/2014 en su origen, pero que quedó bastante diluida tras la recuperación en el texto del Proyecto de Ley de la regla de comparabilidad de los tributos de aquellos países con los que existe un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información. Analizamos estos tres elementos a continuación.

2.2.1. La regla de sujeción y no exención

De acuerdo con el primer párrafo del apartado b):

"b) Adicionalmente, en el caso de participaciones en el capital o en los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero..."

El propósito de esta regla es garantizar que los beneficios con cargo a los que se distribuyen los dividendos han estado gravados efectivamente, lo que se realiza exigiendo la tributación efectiva de la filial en cuestión en su Estado de residencia.

Ello podría haberse conseguido ya de por sí con una mera exclusión de los paraísos fiscales, pero el legislador, consciente de la mutabilidad de las legislaciones tributarias

extranjeras y de la petrificación de la Ley que supondría confiar exclusivamente en un Real Decreto de 1991²³⁶, que además fue modificado de forma relevante en la Ley 26/2014, que se tramitaba en paralelo a la nueva LIS²³⁷, ha decidido seguir el ejemplo de la Directiva matriz-filial cuyo artículo

²³⁶ Como nota anecdótica, la redacción original del artículo 30bis.3 de la LIS de 1995 contemplaba la publicación de dos listas con rango reglamentario, una de entidades sujetas a un impuesto no comparable al Impuesto sobre Sociedades español y de países con un impuesto de características comparables al español. En ninguno de los casos se llegó a publicar lista alguna y, de hecho, las leyes 8/1996 y 66/1997 eliminaron las redacciones en cuestión.

²³⁷ VEGA BORREGO opinaba que la Ley 26/2014 introdujo importantes cambios en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006 e indirectamente en la regulación del Real Decreto 1080/1981, que pasó de un sistema de salida (o entrada) en función de la existencia (o no) de un convenio de doble imposición o un acuerdo de intercambio de información, a un sistema de modificación obligatoria, de forma que podría darse el caso (aunque improbable, como reconoce este autor) de que un determinado país de la lista pudiera seguir siendo calificado como paraíso fiscal aunque tuviera un convenio de doble imposición en vigor. Cfr. VEGA BORREGO, F.A., *Análisis de las modificaciones introducidas el Impuesto sobre la Renta de No Residentes por la Ley 26/2014*, Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, nº 383, febrero 2015, págs. 67 y 68. Con todo, lo cierto es que el nuevo sistema de salida de la lista sigue generando dudas de índole práctica. Uno pensaría que, si la entrada en la lista se realizó a través de una norma reglamentaria, se necesitaría al menos otra norma de similar rango para modificarlo, y cesar en la condición de paraíso fiscal a un país. No ha sido así en el caso de Omán, único país que salió de la antigua lista de paraísos fiscales desde 2015, y cuyo reconocimiento de no ser un paraíso fiscal se realizó a través de un informe de la DGT de fecha 3 de noviembre de 2015, disponible en el siguiente link: https://www.agenciatributaria.es/static_files/AEAT/Contenidos_Comunes/La_Agencia_Tributaria/Segmentos_Usuarios/Empresas_y_profesionales/Foro_grandes_empresas/Criterios_generales/Informe_DGT_%20Sultanato_de_Oman.pdf.

Además, y aunque no es éste lugar para analizar esta cuestión, debemos recordar que la modificación de la citada disposición adicional primera también preveía la posibilidad de salir de la lista de paraísos fiscales en caso de firma del Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010. Una comparación de los países que a finales de 2020 aún eran considerados paraísos fiscales por el Real Decreto 1080/1981 (disponible en https://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/Ayuda/Manuales_Folletos_y_Videos/Manuales_practicos/IRPF/Ayuda_IRPF/Capitulo_10_Regimenes_especiales_imputacion_y_atribucion_de_rentas/Imputacion_de_rentas_por_socios_o_participes_de_instituciones/Relacion_de_paises_y_territorios/Real_Decreto_1080_1991_Paraisos_Fiscales/Relacion_de_paises_y_territorios_calificados_reglamentariamente_como_paraisos_fiscales.shtml) y los países para los que ha entrado en vigor este Convenio (disponible en https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf) revela la escasa atención que la Administración prestó a esta cuestión desde 2015.

2 c) ha exigido siempre para poder aplicar sus disposiciones (que permiten la aplicación del método de exención tanto a dividendos recibidos como distribuidos) que las sociedades intervinientes estén sujetas, sin posibilidad de opción, y no exentas a uno de los Impuestos sobre Sociedades de los Estados miembros.

La redacción de la norma actual podría descomponerse en dos elementos, la sujeción a tributación y la no exención. En relación con el primero de ellos, la norma sugiere cuatro reflexiones.

En primer lugar, la redacción legal establece, de forma rotunda, que ha de ser la entidad participada la que esté sujeta a un impuesto sobre la renta. Bajo una interpretación literal de esta regla, ello supondría que en aquellos casos en los que la filial esté sometida a un régimen de tributación en virtud del cual no tribute ella por sus rentas sino sus socios, no pudiera cumplirse con el requisito de tributación mínima. Esta cuestión está íntimamente conectada con la relación del método de exención y el régimen de atribución de rentas que, por razones de sistemática abordamos en mayor profundidad en el capítulo IV de esta obra. En cualquier caso, no creemos que este requisito deba interpretarse de forma literal ya que, como comentaremos en el epígrafe 4.2., los propios párrafos finales de esta letra, al referirse a las cadenas de entidades participadas admiten el cumplimiento de este requisito "al menos en la entidad indirectamente participada".

En segundo lugar, aunque la norma no lo dice expresamente debe entenderse que la sujeción al impuesto ha de ocurrir en

el Estado donde la filial tenga su residencia²³⁸, pero también podría tener lugar en un tercer Estado por las rentas allí obtenidas directamente por la filial participada, o dado que, como veremos, la norma exige que este requisito se cumpla en todas las entidades de una inversión en cadena, incluso por una filial indirectamente participada, y ello a pesar de que la entidad directamente participada sea una entidad en atribución de rentas.

En tercer lugar, la norma española no incluye la referencia de la Directiva matriz-filial a que la sujeción deba realizarse "sin posibilidad de opción"²³⁹, posiblemente por considerarla redundante.

Y, por último, y por lo que se refiere al momento temporal de la sujeción a tributación, la norma señala claramente que la misma debe haberse producido "en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que

²³⁸ SCHONEWILLE al comentar las primeras redacciones de la Directiva señala en relación a su artículo 2 que los tres requisitos allí requeridos (forma jurídica citada en el anexo, residencia en la Unión Europea y sujeción y no exención) podrían cumplirse en tres Estados diferentes, para lo cual citaba el siguiente ejemplo: una sociedad con forma jurídica belga, residente a efectos fiscales en los Países Bajos que obtiene sus rentas de un establecimiento permanente en Alemania sujeto al Impuesto sobre Sociedades alemán. Cfr. SCHONEWILLE, P.H., *Some questions on the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive*. Intertax, nº 1, 1992, pág. 14. Sin embargo, este autor parece obviar que, aunque en este caso el establecimiento permanente se halle sujeto a tributación en Alemania, también lo estará en los Países Bajos, ya que las sociedades de este último Estado (como ocurre en todos los Estados miembros de la Unión Europea) se hallan sujetas a tributación por su renta mundial y al no ser residente en Bélgica, no estará sujeto a tributación allí. Es decir, no es que se cumplan los requisitos en tres Estados distintos, sino que se pueden cumplir en dos Estados distintos, ya que la residencia y la sujeción normalmente irán juntos. En el mismo sentido que SCHONEWILLE se pronuncia también MANGANELLI, aunque este autor, correctamente, limita el ejemplo a una sociedad con forma jurídica de un Estado miembro sujeta a tributación en otro distinto por estar administrada de forma efectiva desde allí. Cfr. *The degree of harmonization... op. cit.*, pág. 35.

²³⁹ En línea por otra parte con la redacción histórica del artículo de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, relativo a la exención de los dividendos satisfechos a matrices comunitarias.

se *participa*²⁴⁰. Por ello, en caso de distribución de reservas de varios ejercicios, el último párrafo del apartado 1 señala que, salvo designación expresa distinta del acuerdo social de distribución, deberá utilizarse un criterio LIFO (*Last In First Out*, por sus siglas en inglés), en virtud del cual se entienden distribuidas primero las reservas con menor antigüedad. De esta forma, solo estarían exentos los dividendos correspondientes a ejercicios en los que hubiera existido sujeción a tributación, pero no los correspondientes a los demás ejercicios²⁴¹.

En cuanto al requisito de "no exención", debe entenderse referido a supuestos de exención subjetiva o total y no a exenciones parciales o limitadas. Y ello porque la norma, desde su origen en la Directiva matriz-filial, trataba de evitar la concesión de beneficios fiscales a entidades privilegiadas del estilo, por ejemplo, de las "*Exempt Companies*" de Gibraltar o Jersey o las Holding 1929 de Luxemburgo por entonces vigentes.

Esta cuestión ha sido abordada en la doctrina administrativa en relación con las denominadas "vacaciones fiscales", esto es, exenciones totales, temporales o perpetuas, concedidas

²⁴⁰ Esta precisión fue incluida en el Real Decreto-Ley 3/2000, ya que las redacciones de los artículos 30 bis y 130 de la LIS de 1995 no señalaban nada al respecto, dejando la cuestión excesivamente abierta y dando lugar incluso a interpretaciones que podían facilitar la aplicación de la exención a rentas exentas en origen, como la sostenida en su día por CARREÑO que creía que podía entenderse que el requisito se refería exclusivamente al ejercicio en el que se distribuían los dividendos con base en que, a diferencia de lo que ocurría en el caso de las plusvalías por transmisiones de participaciones en las que el legislador exigía que la sujeción a tributación se produjese en todos los ejercicios de tenencia de la participación, en el caso de los dividendos no se realizaba mención alguna de este tipo. Cfr. CARREÑO, F., *Régimen de las entidades...* *op. cit.*, pág. 2215.

²⁴¹ Si bien no se dice expresamente en el texto, este es el criterio que transpira la consulta V1338-09, de 8 de junio, sobre una entidad participada residente en Ghana que se benefició hasta 2006 de un régimen de vacaciones fiscales. La DGT considera el impuesto ghanés idéntico o análogo al español a partir de 2007.

a un contribuyente por razones variadas y que no son habituales en el ordenamiento español²⁴², donde las únicas exenciones subjetivas existentes son las del artículo 9.1 de la LIS, aplicables a entes públicos con personalidad jurídica que no suelen realizar actividades económicas *per se*:

- La primera consulta sobre esta cuestión fue de 27 de julio de 1999 (Consulta 1386-99), en relación con el Impuesto sobre Sociedades francés, impuesto que por aquellos años concedía unas vacaciones fiscales por inicio de actividad en ciertas regiones francesas²⁴³. La respuesta de la DGT (adecuada a la redacción del artículo 30bis vigente en aquellos años, que exigía la sujeción a un "gravamen de características comparables") fue la siguiente:

"Al respecto, hay que destacar que la apreciación del requisito de sometimiento a "un gravamen de características comparables" no implica la comparación de modelos genéricos de imposición sobre el beneficio empresarial, ni la mera comparación de tipos efectivos de gravamen por este concepto. Se trata más bien, de comparar en cada caso, en atención al estatuto jurídico y a la naturaleza de la actividad que desarrolla la entidad participada en el extranjero (sic), el grado de imposición efectiva que soporta en su país de residencia y el que hipotéticamente soportaría en España, de manera que ambos no

²⁴² Excepción hecha de las antiguas vacaciones fiscales vascas, declaradas ilegales por la Comisión Europea y sometidas a numerosos recursos en relación con la recuperación de las ayudas, que concluyeron con la Sentencia del TJUE de 28 de julio de 2011 (C-471/09 P).

²⁴³ Nótese que en aquellas fechas todavía era de aplicación la presunción *iuris tantum* para determinar la comparabilidad del impuesto extranjero, por lo que la existencia de un convenio de doble imposición como el vigente con Francia no excluía necesariamente la necesidad de realizar el análisis.

difieran de manera sensible y por causas que resultarían extrañas a la estructura básica de nuestro Impuesto sobre Sociedades.”

Paradójicamente, aunque como señalábamos más arriba, en 1999 la norma exigía expresamente la “sujeción y no exención”, la DGT abordó el análisis exigiendo la comparación del grado de tributación efectiva bajo el régimen español y el francés y que ambas no difirieran “de manera sensible”, concepto jurídico indeterminado donde los haya, para acabar concluyendo en la no aplicación de la exención. Este mismo resultado podía haberse alcanzado alegando que la filial debe estar sujeta y no exenta, y entendiendo que las vacaciones fiscales implicaban automáticamente una exención total.

- Este criterio inicial de comparación de gravámenes fue, como decíamos más arriba, abandonado a partir de 2004. Así, la consulta V0370-04, de 3 de diciembre abordaba el caso de una filial pakistaní que se beneficiaba de vacaciones fiscales hasta 2019. La DGT manifestó que “no puede considerarse que la entidad participada esté gravada por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades español”, criterio también mantenido en la consulta V1151-12, de 28 de mayo de 2012 en relación con unas vacaciones fiscales de tres años en Costa de Marfil aplicables a un establecimiento permanente allí sito²⁴⁴, así como en la de 27 de julio de

²⁴⁴ Aunque no es objeto de este trabajo, recordemos que la eliminación de la doble imposición económica que soportan establecimientos permanentes se ha realizado tradicionalmente en un artículo propio (el 30ter o 20ter en la LIS de 1995, el 22 en el TRLIS y en la LIS actual) pero siempre con referencia al artículo correspondiente a la exención de los dividendos para verificar el cumplimiento del requisito de tributación comparable. Por ello, las resoluciones a efectos de establecimientos permanentes son de interés también para los dividendos de fuente extranjera.

2016, ya con la nueva LIS en vigor, en relación con unas vacaciones fiscales de 10 años a sociedades hondureñas y guatemaltecas²⁴⁵.

En cambio, no habría problema alguno con las entidades que se beneficien de una exención para evitar la doble imposición económica internacional similar a la del artículo 21 de la LIS²⁴⁶. Así lo entendió desde el primer momento la doctrina

²⁴⁵ Esta exclusión de las vacaciones fiscales bajo el TRLIS recibía una dura crítica por parte de GONZALO PECES, para quien excluir a estos regímenes de la exención suponía de facto la pérdida de competitividad de las empresas españolas en su expansión internacional en países que aplicaban este tipo de incentivos fiscales para promover la realización de actividades empresariales. Cfr. *Exención para evitar... op. cit.*, pág. 647.

²⁴⁶ Como hemos dicho, esta cláusula traía causa del artículo 2 c) de la Directiva matriz-filial. Al interpretar esta norma, ya la primera doctrina tuvo claro cuál era el significado del término "exención" de la Directiva. Así, SOUSA DA CAMARA, señalaba que "parece totalmente claro que si la sociedad misma está (totalmente) exenta del Impuesto sobre Sociedades, la Directiva matriz-filial no puede aplicarse (...). En mi opinión, la Directiva no requiere que las sociedades paguen el Impuesto de Sociedades en un grado mínimo (...) los Estados miembros de la UE habrían creado "disposiciones pro rata" o tomado otras medidas si hubieran pretendido denegar la aplicación de la Directiva matriz-filial a las sociedades que se beneficiaran de cualquier -o cierto- incentivo fiscal o exención". Cfr. *Analysis of Article 2 (C) of the Parent-Subsidiary Directive. Madeira holding companies and their status under the Parent-Subsidiary Directive: another view?* EC Tax Journal, n° 3, 1995/1996, págs. 218-219. Asimismo, VANISTAENDAEL sostuvo que la Directiva impone una sujeción subjetiva, y no objetiva en el sentido de que no exige que la sociedad se vea gravada de forma efectiva. Cfr. *The implementation of the Parent/Subsidiary Directive...* op. cit., pág. 603. Y, más específicamente, DE HOSSON señaló que, de acuerdo a las Actas del ECOFIN donde se aprobó la Directiva, esta cláusula estaba diseñada específicamente para las entonces vigentes "holdings 1929" luxemburguesas, que no se encontraban sujetas a tributación en el Impuesto sobre Sociedades luxemburgués, y continúa "la norma no excluye sociedades que están sujetas a tributación pero que pueden beneficiarse de una exención por ciertas rentas. Por ejemplo, una sociedad holandesa está sujeta al Impuesto sobre Sociedades, pero puede beneficiarse de una exención por los dividendos recibidos de una filial extranjera. (...) El texto del artículo 2 c) que requiere que la sociedad esté sujeta sin estar exenta no es totalmente claro. Lo que probablemente quiere decir es que cuando una sociedad está en principio sujeta, pero de hecho no paga ningún impuesto como consecuencia de una medida que exime todas sus rentas, no pasaría los requisitos del artículo 2 c)". Cfr. DE HOSSON, F.C., *The parent-subsidiary...* op. cit., pág. 429. En sentido similar, MAISTO, G., *The implementation of the EC parent-subsubsidiary directive in Italy*. Intertax, n° 8-9, 1992; y FANTOZZI, A. y MANGANELLI, A., *An Analysis of Italy's Implementing Legislation for the EC Parent/Subsidiary Directive*. Tax Notes International, Vol. 6., 1993, n° 12, pág. 699; MANGANELLI, A., *The degree of harmonization...* op. cit.,

administrativa, como, por ejemplo, en la consulta 1150-99, de fecha 2 de julio de 1999, en la que, aunque se preguntaba a efectos de la transparencia fiscal internacional, la contestación era extrapolable al ámbito que nos ocupa, dado que consideraba similares las exenciones de la normativa interna neerlandesa y española. Y, especialmente también, la consulta V3561-15, de 18 de noviembre de 2015 en un supuesto en el que las rentas distribuidas por una holding holandesa a su matriz española habían quedado completamente exentas por aplicación de su normativa para evitar la doble imposición económica, y en el que la DGT no tuvo ningún reparo en confirmar la aplicabilidad de la exención²⁴⁷.

No debemos olvidar que en ausencia de un convenio de doble imposición la norma del artículo 21 de la LIS lo que pretende realmente es garantizar una tributación mínima en la filial, que se cifra en un tipo nominal del 10%, tributación que podría soportarse incluso en supuestos en los que la filial

pág. 43, y más recientemente, JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE FALLOIS, D.J., *Interpretación de la cláusula "subject-to-tax" en la directiva matriz-filial. ¿Basta con la mera sujeción o es necesaria tributación efectiva?: Análisis de la STJUE de 8 de marzo de 2017, Belgische Staat contra Wereldhave Belgium Comm. VA y otros (asunto C-448/15). Nueva Fiscalidad, 2/2017*. En contra parecía encontrarse RUBBENS, B. para quien las exenciones objetivas que reducen la base imponible de forma sustancial acarreaban la no aplicación de la Directiva. Cfr. *Madeira and Gibraltar holding companies and their status under the Parent-Subsidiary Directive*. EC Tax Journal, n° 2, 1995/1996, págs. 154 y 155. En nuestra opinión, y aparte de los argumentos dados por la doctrina mayoritaria, la prueba de que la Directiva se refiere a una exención absoluta se encuentra en su artículo 4, que precisamente permite a los Estados miembros utilizar en su legislación interna un método de exención para eliminar la doble imposición de los dividendos, bajo determinadas condiciones. Esta exención es parcial en cuanto que sólo afecta a los dividendos y no a las demás rentas. De este modo, si interpretáramos que la sociedad matriz no puede beneficiarse de una exención parcial, estaríamos excluyendo del ámbito de la Directiva a las matrices que recibieran dividendos amparados por el propio régimen de exención de la Directiva, efecto obviamente no querido por la norma.

²⁴⁷ En sentido similar, JIMÉNEZ-VALLADOLID considera a efectos de la aplicación de la cláusula de no exención de la Directiva matriz-filial, que la exención prevista en el artículo 21 de la Ley del IS es aplicable también cuando las entidades participadas se encuentran sometidas a un tipo de gravamen del cero o uno por ciento. Cfr. *Interpretación de la cláusula... op. cit.*, pág. 219.

en cuestión se beneficie de un régimen de exención parcial. Y es que como señaló la DGT ya en su consulta V0010-02 de 6 de mayo, en relación con una filial cubana completamente exenta de tributación, a estos efectos, sólo las exenciones totales caen fuera del ámbito del artículo 21.1 b):

"La exigencia se concreta, por tanto, en que, a partir de un impuesto de idéntica o, al menos, análoga naturaleza, exista un gravamen conforme con la finalidad del precepto, que no es otra que la de eliminar la doble imposición internacional. En ese sentido, no cabe conciliar esa finalidad con la ausencia total de gravamen en el país de la fuente."

2.2.2. Los tributos extranjeros sobre la renta

Este requisito fue introducido por primera vez con el Real Decreto-Ley 3/2000, con la siguiente redacción:

A estos efectos, se tendrán en cuenta aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, siquiera sea parcialmente, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquella.

La finalidad de esta redacción concreta de la Ley la explicó la DGT en su consulta 1907-02, de fecha 4 de diciembre de 2002:

"... (adoptar) un enfoque finalista, de manera que un impuesto indiciario, evidentemente alejado de la naturaleza personal del IS y más parecido a un impuesto de producto, pueda también entrar en el análisis comparativo, siempre que el efecto final de dicho impuesto sea gravar efectivamente la renta de la entidad

participada. El alcance de este precepto no puede ser otro que evitar que se desvirtúe la medición de la presión fiscal efectiva a partir de cuestiones más nominales que materiales.”²⁴⁸

Se trata pues de una redacción que, respetando la neutralidad en la importación de capitales, pretendía expandir el horizonte de inversión de las empresas españolas,

²⁴⁸ SANZ GADEA, ya en 2003, se manifestó en contra de esta interpretación de la DGT. En su opinión, “no deja de producir cierta incomodidad intelectual el criterio de la DGT, pues admitir en la comparación impuestos no personales implica tanto como reconocer que tributos extranjeros totalmente divergentes de la naturaleza de nuestro IS podrán ser considerados como idénticos o análogos al mismo. Verdad es que si tales tributos determinan una presión fiscal efectiva relevante tal vez la comparación esté justificada en términos puramente materiales (...) Sin embargo la ausencia total de imposición descalifica al impuesto extranjero, a estos efectos.” Cfr. *Problemas actuales... op. cit.*, pág. 27, nota al pie 51. Si bien la tesis de este autor podía ser lógica en el contexto del año en que se publicó (2003), lo cierto es que la DGT en las consultas publicadas hasta entonces no había adoptado un enfoque muy distinto. La tendencia fue, en general, realizar un examen concreto de cada impuesto extranjero para comprobar su analogía al impuesto español. Así, por ejemplo, la consulta 0269-01, de 13 de febrero sobre el IS egipcio realizaba dicho análisis y terminaba poniendo el acento en que no parecía existir ningún tipo de deducción o bonificación en cuota que resultase extraña a un impuesto que pretendía gravar el beneficio. Un enfoque similar se daba en la consulta 0632-02, de 26 de abril sobre el IS chileno. Por su parte, la consulta 1447-02, de 1 de octubre consideraba idéntico o análogo el impuesto suizo, por cuanto versaba sobre el beneficio neto, y, finalmente, las consultas V0010-02 de 6 de mayo, sobre el IS cubano y 2539-03, de 30 de diciembre, sobre el IS marroquí, negaban la aplicabilidad de la exención porque el Impuesto en cuestión preveía una exención total, ajena al IS español. Sin embargo, SANZ GADEA apuntaba que la expansión del concepto de impuesto sobre la renta para incluir impuestos indiciarios (o de otro tipo) con base en que los mismos suponían un gravamen sobre la renta era contradictorio con la no exigencia de una tributación efectiva mínima. Cfr. *Ibidem* y *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social: impuesto sobre sociedades (II)*. Revista de Contabilidad y Tributación, n° 252, 2004, pág. 116. No estamos de acuerdo con este autor. En nuestra opinión, la inclusión de los impuestos indiciarios no se debía a la aceptación de su gravamen como un gravamen mínimo, sino a que el legislador los concebía como impuestos sobre la renta. Bajo esta interpretación, la norma no era contradictoria sino congruente con la verdadera intención del legislador: facilitar la aplicación de la exención, de forma que las empresas españolas pudieran invertir en mercados distintos a los de nuestro entorno económico habitual, que se basaban en sistemas jurídicos y económicos distintos al español. Por eso se amplió el concepto de impuesto sobre la renta y se exigió una tributación comparable, pero sin límite mínimo. En esta misma línea, cfr. GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar... op. cit.*, págs. 637 y 638.

facilitando aplicar la exención por doble imposición internacional a impuestos cuyo objeto imponible era la renta pero que poseían características distintas a las del IS español.

La redacción actual es prácticamente idéntica, excepto por la supresión de la expresión "*siquiera sea parcialmente*", ausente en la actual redacción²⁴⁹, pero sugiere algunos comentarios.

En primer lugar, no tiene mucho sentido que la norma exija la sujeción y no exención a un "impuesto extranjero" y que, posteriormente, se señale que se tendrán en cuenta a estos efectos "*aquellos tributos extranjeros...*" como si impuestos y tributos fueran términos sinónimos.

En este sentido, nos parece loable que el legislador, ya en el año 2000 quisiera ampliar el ámbito objetivo de la comparabilidad, refiriéndose a tributos, término sin duda más amplio que el de impuestos (al menos en el ordenamiento español que nos ocupa), con lo que conseguía dar cabida a figuras tributarias extranjeras distintas de las del ordenamiento español, pero lo que tendría que haberse hecho desde el primer momento es modificar la redacción inicial, para exigir la sujeción y no tributación a un "tributo" extranjero.

²⁴⁹ No hemos sido capaces de encontrar en ningún texto ni del Anteproyecto ni de la tramitación parlamentaria de la Ley 27/2014 una justificación para esta supresión que, por otra parte, resulta bastante lógica dado que es complicado imaginarse impuestos que tengan por finalidad sólo parcial la imposición de la renta. Se trataba de una redacción sin demasiado sentido y la Ley 27/2014 ha venido a corregirla.

En segundo lugar, la finalidad de los tributos extranjeros debe ser la imposición de la renta²⁵⁰, pero su objeto puede ser diverso, siempre y cuando el mismo esté directa o indirectamente relacionado con ella. Por esta razón, por ejemplo, la DGT rechazó la aplicación de la exención a unos dividendos procedentes de una filial uruguaya sujeta opcionalmente al "Impuesto a la Enajenación de Bienes Agropecuarios (IMEBA)", que gravaba la enajenación por cualquier título, realizada por los productores de determinados productos agropecuarios y en el que la base imponible estaba constituida por el precio de venta. La DGT consideró que el IMEBA era realmente un impuesto sobre el producto y no sobre la renta²⁵¹. Si bien este argumento podía ser correcto en sí mismo, lo cierto es que, en el caso en cuestión, el IMEBA era un impuesto opcional, alternativo al ordinario que gravaba los beneficios netos. La DGT podía haber considerado esta opción como impuesto indiciario sobre la renta, comparable al español, pero no lo entendió así.

En tercer lugar, es claro que, en general, un impuesto extranjero comparable al español debe calcularse sobre una base neta (esto es, detrayendo de los ingresos brutos los gastos necesarios para obtener la renta)²⁵².

²⁵⁰ GONZALO PECES señala que esta referencia a la imposición de la renta desde su introducción en el Real Decreto-Ley 3/2000 implica que el impuesto extranjero ya no tiene por qué ser de carácter directo o personal, como se exigía anteriormente por alguna doctrina o como se dirá incluso por las Sentencias del Tribunal Supremo antes citadas. Cfr. *Exención para evitar...* op. cit., pág. 633. Siendo correcto, lo cierto es que se nos hace complicado encontrar un impuesto sobre la renta que no sea directo ni personal y quizá por ello el legislador de 2003 no creyó conveniente complicar más la redacción legal.

²⁵¹ Consulta V0740-05, de 4 de mayo.

²⁵² Así se establece, por ejemplo, en las consultas 0269-01, de 13 de febrero sobre el IS egipcio, 0632-02, de 26 de abril sobre el IS chileno, V1447-02, de 1 de octubre, sobre el IS suizo, V1138-09, de 8 de junio sobre el IS ghanés y V2103-09, de 22 de septiembre sobre el IS de la República Dominicana, países que en ese momento no disponían de convenio de doble imposición en vigor con España con cláusula de intercambio de información (y de hecho Ghana aún no lo tiene). Nótese que todas estas consultas fueron publicadas bajo el TRLIS cuya regulación, recordemos,

Y, por último, la definición permite ampliar el ámbito de la exención a tributos que *per se* podrían ser dudosos, como son los impuestos que sólo gravan la renta nacional de los contribuyentes, como sucede en los Estados cuyo sistema tributario adopta un punto de conexión territorial.

La posición actual de la DGT en relación con impuestos territoriales se inicia a partir de la consulta V0666-05²⁵³, de 22 de abril abordando un impuesto uruguayo, que contiene la doctrina de aplicación en la actualidad²⁵⁴:

"... ante un sistema de imposición territorial como el de Uruguay, la matriz se verá obligada a distinguir y justificar qué parte de los dividendos percibidos derivan de rentas obtenidas y sujetas a tributación en Uruguay y cuáles no. Es decir, cuales derivan de rentas

no exigía una tributación nominal mínima. En la actualidad, el criterio seguiría vigente, pero habría que añadirle el requisito del tipo de gravamen nominal igual o superior al 10 por ciento.

²⁵³ La DGT se había ocupado hasta entonces en diversas ocasiones de los impuestos territoriales, empezando por la consulta 0959-99, de 8 de junio de 1999, que planteaba la comparabilidad del Impuesto sobre Sociedades uruguayo y en la que aceptó la comparabilidad, exigiendo el mismo análisis utilizado para las vacaciones fiscales francesas en la consulta 1386-99, de 27 de julio, antes citada: la comparación del grado de tributación efectiva bajo el régimen español y el uruguayo y que ambas no difirieran "de manera sensible" por causas extrañas a la estructura del IS español. Al igual que ocurrió con las vacaciones fiscales, esta doctrina de la DGT no se consolidó, sino que se abandonó, pero pasó por una fase intermedia en la que la propia DGT se planteó un enfoque alternativo que acabaría derivando más adelante en la consulta V0666-05 que estamos comentando. Era el caso de la consulta 1907-02, de 4 de diciembre sobre Costa Rica, ya citada, en la que si bien la DGT partía de la necesidad de comparar los rasgos objetivos del impuesto (territorial) costarricense con los del Impuesto sobre Sociedades español (abandonando el criterio del grado de tributación efectiva), se planteaba también la posibilidad de que la tributación efectiva se pudiera analizar en un segundo nivel, como ocurriría cuando se operase a través de un establecimiento permanente, pero finalmente se descartaba esta posibilidad dado que "es dudoso que la letra del artículo 20bis admita esta interpretación."

²⁵⁴ Una doctrina similar se encuentra en la consulta V0763-09, de 13 de abril en relación con los beneficios de un establecimiento permanente en Costa Rica y en las ya citadas consultas sobre Panamá, V1345-13, de 19 de abril y V1000-15, de 27 de marzo.

obtenidas en Uruguay y cuales derivan de las rentas procedentes de fuera de Uruguay. Respecto de estas últimas se deberá determinar si están, asimismo, sujetas a tributación por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al español. El método de exención del artículo 21 del TRLIS será aplicable sólo a los beneficios procedentes de las rentas que hayan sido gravadas en el extranjero por un Impuesto de las características señaladas, ya sea en Uruguay o en el país en el que se obtienen...”

Esto es, ante una renta con origen en un Estado que aplica un régimen territorial de tributación, por el cual solo se gravan de forma efectiva las rentas obtenidas en ese mismo territorio es necesario distinguir si los dividendos que tengan su origen en beneficios por actividades en el extranjero (y que por tanto no se han visto gravadas) han soportado una tributación por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al español.

Este criterio parece posibilitar la aplicación de la exención a los dividendos procedentes de rentas obtenidas en terceros países, bien porque cumplan todos los requisitos de tributación mínima que estamos analizando, bien porque procedan de países con los que existe convenio de doble imposición²⁵⁵. Sin embargo, no debemos olvidar que las rentas procedentes de la distribución internacional de mercancías o de servicios suelen no estar sometidas a tributación en la fuente. En estos casos, evidentemente, si la entidad residente en un país sometido a tributación territorial no se ha visto gravada ni en la fuente (por ejemplo, por la aplicación de una retención, que como decimos no es común,

²⁵⁵ Criterio, por ejemplo, aceptado en la consulta V0376-05, de 9 de marzo, en relación con una inversión indirecta en Cuba a través de una sociedad holding uruguaya.

o por la existencia de un establecimiento permanente), ni en su propio país de residencia, no habrá habido ninguna tributación y, por tanto, lo lógico será que la renta tribute (por primera vez) en España como dividendo no exento.

Esta doctrina surgida en el marco del TRLIS podía justificarse en el hecho de que con esa normativa, como ya hemos comentado, debía acreditarse que los dividendos procedentes de entidades participadas a segundo o ulterior nivel realmente procedían al menos en un 85% de actividades empresariales realizadas por entidades que cumplían con todos los requisitos para la exención y, entre ellos, el de tributación comparable. Era, en el fondo, el mismo criterio, pero aplicado a inversiones a un solo nivel, que ha continuado en la Ley 27/2014 a través de la inclusión de una serie de reglas para las participaciones en cadena que estudiaremos en el epígrafe 4.

2.2.3. El tipo de gravamen del 10 por ciento

Este requisito que hemos denominado "cuantitativo" y que en el Anteproyecto inicial se concebía como el verdadero y único eje central del requisito de tributación comparable, se

introdujo por primera vez²⁵⁶ con la Ley 27/2014 siguiendo la Propuesta nº 43 de la Comisión Lagares²⁵⁷:

*"... la Comisión considera que sería razonable exigir que en el régimen de exención por doble imposición internacional se estableciese una tributación mínima por el impuesto extranjero que grave a la entidad participada que podría fijarse a través del nivel del tipo impositivo, pudiendo servir de referencia que el tipo más bajo del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea es el 10 por 100."*²⁵⁸

Dos cuestiones importantes se desprenden de esta propuesta.

En primer lugar, la Comisión Lagares recomendaba que la tributación mínima se fijara "a través del nivel del tipo impositivo", pero sin mayor detalle acerca de cómo realizarlo. Dos eran las posibilidades que se le ofrecían al legislador: (i) exigir un "tipo efectivo" de tributación,

²⁵⁶ La doctrina científica había sido unánime al entender que el requisito de impuesto idéntico o análogo al IS español, tanto bajo el TRLIS como bajo la LIS de 1995 no implicaba una identidad de tipos de gravamen o siquiera una exigencia de una imposición mínima. Algunos buenos ejemplos son CALDERÓN CARRERO, J. M., *La planificación fiscal internacional basada...* op. cit., pág. 27, SANZ GADEA, E., *Problemas actuales...* op. cit., pág. 26 y GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar...* op. cit., págs. 627 y 636. Así lo entendió también la DGT en las consultas V0565-05, de 5 de abril sobre Rumanía (IS especial del 1,5%), y, especialmente, las V1338-09, de 8 de junio, sobre Ghana (IS del 8%) y V1891-12 de 28 de septiembre de 2012 sobre Nicaragua (IS del 3%). Estos dos últimos países no disponían en aquellos momentos de un convenio de doble imposición en vigor con España.

²⁵⁷ Un autor que defiende la aplicación del criterio de tributación mínima y su extensión incluso por el legislador europeo a la Directiva matriz-filial con el fin de regular adecuadamente situaciones problemáticas causadas por la reducida tributación de ciertos vehículos de inversión colectiva es JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE FALLOIS. Cfr., *Interpretación de la cláusula...*, op. cit., pág. 216.

²⁵⁸ Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos...* op. cit., pág. 205. Es interesante notar que la Comisión señalaba que, si se incorporaba este requisito a una eventual reforma del artículo 21, como así fue, era también razonable suprimir el requisito de la realización de una actividad empresarial en el extranjero, por su difícil comprobación. Sobre esta cuestión volveremos más adelante en el Capítulo IV.

esto es el porcentaje resultante de dividir la cuota tributaria satisfecha entre la base imponible; o (ii) atender al "tipo nominal" es decir, el tipo establecido en la Ley y que se aplica a la base imponible con carácter previo a cualesquiera deducciones sobre la cuota.

De las dos opciones sin duda la más beneficiosa para la neutralidad en la importación de capitales y la internacionalización de las empresas españolas era la segunda, por cuanto: (i) permitía aplicar la exención a impuestos extranjeros en los que la tributación efectiva era inferior al 10% nominal en supuestos de bonificaciones o exenciones, y (ii) no requería la práctica de homogeneizaciones fiscales de las tributaciones efectivas extranjeras, dada la escasa armonización fiscal existente hoy día entre los sistemas fiscales de los países de nuestro entorno (incluidos los de la Unión Europea o la OCDE).

En la práctica, ésta fue, precisamente, la opción finalmente elegida, como se advierte tanto del uso de la expresión "tipo nominal", como de la regla final del mismo párrafo "*con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre aquellos*"²⁵⁹.

Y, en segundo lugar, la recomendación era adoptar un tipo de comparación del 10 por 100, dado que ese era el tipo del Impuesto sobre Sociedades más reducido de la Unión Europea en aquel momento y, aunque la Comisión no lo dijo así, haber establecido un tipo de gravamen de referencia más elevado podría haber llevado a una discriminación de los dividendos de los Estados Miembros con tipos nominales inferiores.

²⁵⁹ Así lo señalan, por ejemplo, MACHANCOSES GARCÍA, E. *Los requisitos para eliminar la doble imposición económica...* op. cit., Sección I.3 y SANZ GADEA, E., *El resultado financiero...(II)*, op. cit., pág. 27.

Esa precaución tenía el fin de no incurrir en una potencial vulneración del Derecho de la Unión Europea y estaba en línea con el verdadero motor de la reforma del artículo 21 en la Ley 27/2014, evitar un expediente de infracción de la Comisión Europea. Con todo, como explicaremos a continuación, esta previsión todavía cuenta con algunos aspectos que son controvertidos.

Primero, porque esta fundamentación genera la duda acerca de si este motivo subyacente debería seguir siendo de aplicación permanentemente; esto es, si el porcentaje del 10 por 100 debería ser un porcentaje "móvil" para adaptarse a las oscilaciones de los tipos de gravamen en la Unión Europea, de forma que, por ejemplo, a fecha de hoy debiera exigirse un tipo nominal del 9% (equivalente al tipo del Impuesto sobre Sociedades húngaro²⁶⁰). No parece que fuera esa la intención del legislador. Una cosa es tratar de determinar un umbral mínimo de comparabilidad y otra que ese umbral pueda reducirse o incrementarse *ad infinitum* en su caso y la norma española deba seguirlo.

Pero, además, especialmente porque el legislador quizás no tuvo en cuenta que en nuestro propio país existe un régimen de tributación especial para las entidades registradas ante la Zona Especial Canaria ("ZEC") y que tributan en su Impuesto sobre Sociedades, a un tipo de gravamen del 4% de acuerdo con el artículo 42 de la Ley 19/1994 de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias.

²⁶⁰ Como puede consultarse, a fecha 30 de diciembre de 2020, en bases de datos públicas, como por ejemplo: <https://home.kpmg/xx/en/home/services/tax/tax-tools-and-resources/tax-rates-online/corporate-tax-rates-table.html>

Esta situación no tendría mayor importancia si, como ocurría con la situación anterior a la Ley 27/2014²⁶¹, los dividendos pagados por una entidad residente en la ZEC no tuvieran acceso a la exención. Sin embargo, no ha sido esta la posición adoptada por la DGT que, en su consulta V0694-16, de 22 de febrero, acepta la aplicación de la exención sin más comentarios, creando así de facto una posible discriminación con respecto a Hungría en el caso de que, por la razón que fuera, no fuese aplicable el actual convenio de doble imposición²⁶².

En nuestra opinión, la inclusión de esta regla del 10 por ciento debería reformularse para aplicarse exclusivamente a aquellos Estados de fuera de la Unión Europea con los que no exista un convenio de doble imposición. Los impuestos de cualquier Estado de la Unión Europea que están sometidos a supervisión constante tanto de la Comisión Europea como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, deberían ser por sí mismos idénticos o análogos al Impuesto sobre Sociedades español con independencia de su tipo de gravamen u otros elementos característicos de los mismos²⁶³.

²⁶¹ El artículo 30.4 f) del TRLIS señalaba expresamente que no era de aplicación la deducción por doble imposición interna para aquellos dividendos que procedieran de una entidad que se hubiera beneficiado de los tipos reducidos de tributación de la ZEC.

²⁶² En esta misma línea, MACHANCOSES GARCÍA, E., *Los requisitos para eliminar la doble imposición económica...* op. cit., Sección II, III. Esta autora además considera que la exigencia de una tributación nominal superior al 10 por ciento es más restrictiva que el requisito de sujeción y no exención previsto en la Directiva matriz-filial, si bien acertadamente apunta que esta vulneración tiene un limitado efecto práctico dado que España dispone de un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información con todos los Estados Miembros, excepto Dinamarca, cuyo tipo nominal del Impuesto sobre Sociedades es el 22%.

²⁶³ Con clarividencia lo señalaban MARTÍN JIMÉNEZ y CALDERÓN CARRERO ya en el año 1998. Cfr. *El periodo de tenencia de la participación...* op. cit., pág. 30, nota al pie nº 63. Además, como señala MACHANCOSES GARCÍA, el requisito del 10 por ciento de tributación nominal no está diseñado como un mecanismo para evitar abusos o deslocalizaciones de actividades a territorios de baja tributación, sino como un instrumento que permita denegar la exención a rentas pasivas procedentes de países con los que no existe un convenio de doble imposición. Cfr. MACHANCOSES GARCÍA, E.,

En cualquier caso, la regla es clara: si la filial participada reside un país con el que no exista un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información (en caso contrario, recordemos se entendería cumplido el requisito *per se*), entonces debe estar sujeta y no exenta a un impuesto sobre la renta con un tipo nominal del 10 por ciento. La cuestión es qué ocurre cuando el tipo de gravamen extranjero tiene una configuración técnica distinta a la habitual en España y cómo impacta eso en la existencia de una tributación mínima.

Dado que la norma no ha proporcionado ningún criterio al respecto, ni en la Ley ni en el Reglamento del Impuesto, ha tenido que ser la doctrina administrativa la que cubra el hueco emitiendo diversas consultas que ofrecen luz sobre el concepto de impuesto idéntico o análogo. De su evolución podemos extraer tres conclusiones que seguirían de actualidad bajo la LIS.

En primer lugar, si el impuesto extranjero se aplicase en función de algún otro parámetro sobre la renta²⁶⁴, ello exigiría calcular el tipo efectivo *"por el resultado de dividir el importe satisfecho por este impuesto entre el resultado contable de la entidad antes de impuestos"* y, por supuesto, que el mismo sea superior al 10 por 100.

Los requisitos para eliminar la doble imposición económica... op. cit., Sección II, III.

²⁶⁴ También puede considerarse impuesto idéntico o análogo el que fija la base imponible de forma objetiva, como ocurría con el Impuesto sobre la Renta y Comercio uruguayo en 2005, que gravaba las rentas obtenidas en territorio uruguayo, opcionalmente, bien al 25% del resultado neto o al 3% del margen bruto de las operaciones. Así lo estableció la DGT en su ya citada consulta V0666-05, de 22 de abril.

Este es el criterio establecido por la DGT en su consulta V0256-16, de 25 de enero, en relación con el impuesto guatemalteco sobre actividades lucrativas, que permitía optar entre una tributación en base neta (sobre beneficios) al 25% o bruta (sobre ingresos únicamente) a tipos entre el 5 y el 7%.

Aunque a primera vista pueda parecer un criterio lógico, resulta, cuando menos sorprendente que la DGT adopte este enfoque de "tipo efectivo" que no es el que prevé la Ley. Hay que recordar que el legislador ha optado por el sistema de tipo nominal. La posición que adopta en este caso la DGT puede llegar a afectar al sujeto pasivo del IS que pretende aplicar la exención en supuestos en los que la tributación efectivamente soportada no llegue al 10 por 100, frente a otros casos de entidades participadas sujetas a tipos nominales iguales o superiores a dicho porcentaje, pero con tipos efectivos inferiores debido a la existencia de bonificaciones.

En este caso, creemos que la DGT no ha interpretado correctamente la normativa aplicable, adoptando un enfoque técnico no recogido expresamente por la Ley, el del tipo efectivo de gravamen, y pasando por alto que el tipo nominal puede ser inferior por "*la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción*", es decir de algún incentivo fiscal como podría considerarse el hecho de que el contribuyente pudiera optar por el método de tributación más beneficioso. Al adoptar esta posición, la DGT puede llegar a frustrar el incentivo fiscal guatemalteco, perjudicando la neutralidad en la importación de capitales y la competitividad de la empresa española en Guatemala frente a otros competidores internacionales.

En segundo lugar, en caso de que en un determinado país, los beneficios empresariales se graven a distintos niveles cada uno de ellos con tipos nominales inferiores al 10 por 100 pero la suma de todo ellos sea superior a dicho porcentaje, se puede considerar cumplido el requisito de tributación mínima. Este es el criterio de la DGT en sus consultas V0891-16, de 9 de marzo y V0495-18, de 22 de febrero.

Y, por último, las exenciones parciales o reducciones del tipo de gravamen no son obstáculo para la comparabilidad (siempre que, por supuesto, se respete el tipo nominal del 10 por ciento). Así se desprende de la ya comentada consulta V1151-12, de 28 de mayo de 2012 sobre Costa de Marfil. De acuerdo con la misma, una vez terminadas las vacaciones fiscales al cabo de tres años, el establecimiento permanente en cuestión tenía derecho a aplicar una exención parcial del 50% y 25% del impuesto durante los años cuarto y quinto de la inversión, respectivamente. La DGT, sin tener en cuenta cálculo alguno de tipos efectivos (que no correspondían bajo el TRLIS), aceptó la consideración del impuesto de Costa de Marfil como idéntico o análogo al español, en los años cuarto y quinto.

Como ya hemos señalado en el Capítulo anterior, en una materia tan necesitada de seguridad jurídica como es la inversión española en el extranjero, no parece lo más adecuado que la misma se otorgue exclusivamente vía consultas tributarias.

En nuestra opinión, los requisitos concretos para que un impuesto de un país con el que no existe convenio de doble imposición se califique como de naturaleza idéntica o análoga deberían regularse de forma expresa en la normativa del Impuesto sobre Sociedades o, si se prefiere en cualesquiera

disposiciones interpretativas o aclaratorias de las Leyes y demás normas en materia tributaria emitidas por el Ministerio de Hacienda en aplicación de lo previsto en el artículo 12.3 de la LGT.

De lege ferenda, proponemos que la normativa, legal o reglamentaria, del IS incorpore reglas más precisas sobre el concepto de "exención, bonificación, reducción o deducción", especialmente en sus modalidades parciales, así como sobre la forma de computar el tipo de gravamen del 10 por ciento. Se obtendría así una mayor seguridad jurídica para los contribuyentes que invierten en países con sistemas tributarios basados en decisiones de política hacendística distinta a la española.

3. La no residencia en paraísos fiscales

El cuarto párrafo del apartado b) del artículo 21 de la LIS²⁶⁵ dice así:

"En ningún caso se entenderá cumplido este requisito cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, excepto que resida en un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas."

Se trata de una regla que tiene por objeto desincentivar la inversión en los paraísos fiscales. Esta norma estuvo presente bajo la denominación anterior en todas las

²⁶⁵ La redacción inicial del artículo 21 de la LIS excluía la regla anti-paraíso del apartado b) para incluirla en el artículo 21.9 como regla aplicable a todo el artículo. Fue el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, quien modificó la redacción para dejarla como un requisito adicional del párrafo b).

redacciones de los artículos 20bis, 30bis²⁶⁶, 21 y 130 de las Leyes del Impuesto sobre Sociedades en vigor desde 1995, si bien la cláusula habilitante de los paraísos fiscales de la Unión Europea se incluyó por primera vez en el artículo 21 del TRLIS²⁶⁷ a través de la Ley 4/2008, de 23 de diciembre, cuya exposición de motivos lo justificaba por ser una medida que *"tiene por objeto evitar una posible vulneración del Derecho comunitario en materia de discriminación y de restricción de la libertad de movimiento de capitales"*. Más concretamente, como admitió la propia DGT en su consulta V0475-09, de 11 de marzo, fue por la situación de Chipre, país incluido en aquellos años en la lista reglamentaria de paraísos fiscales pero miembro de la Unión Europea desde 2004²⁶⁸.

Esta redacción podía tener sentido en 2008, dado que el convenio de doble imposición con Chipre no entró en vigor hasta el 28 de mayo de 2014, pero cabría plantearse por qué la Ley 27/2014, que empezó a tramitarse el verano de ese

²⁶⁶ Este requisito recibió en su día una dura crítica de DE JUAN Y PEÑALOSA y RAVENTÓS CALVO, para quienes desde el punto de vista técnico no siempre resultaba justo, ya que el Real Decreto 1080/1991 *"mezcla indistintamente churras con merinas. Hay que tener en cuenta que el término paraíso fiscal lo es todo menos jurídicamente determinado. Y en esa lista se mezclan jurisdicciones en las que no existe prácticamente impuesto de ninguna clase con otras que pueden eximir de impuesto a las personas físicas, pero que mantienen una imposición equiparable a la española sobre las personas jurídicas, por ejemplo, el principado de Mónaco"*. Cfr., *El nuevo método de exención...* op. cit., pág. 3. Asimismo, FALCÓN Y TELLÁ, R. *Capítulo IV...* (1997), op. cit., pág. 176. De forma más matizada se expresaba RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E. quien señalaba que en el caso de sociedades *offshore* que están sujetas a un Impuesto sobre Sociedades análogo al español por sus rentas de fuente interna, la norma pasa a ser una *"pura medida anti paraíso, cuya causa excede del ámbito tributario"*. Cfr. *Sociedad holding. Régimen de las entidades...* op. cit., pág. 117.

²⁶⁷ La redacción inicial de esta cláusula habilitante era prácticamente idéntica a la actual con la diferencia de que se exigía que el contribuyente realizara *"actividades empresariales"* en lugar de *"económicas"* como la redacción actual.

²⁶⁸ La consulta reconoce que la Ley 4/2008 respondía a un expediente de infracción de la Comisión Europea con número 2005/4290 en relación con la tributación de las entidades españolas por dividendos chipriotas.

mismo año, lo mantuvo cuando en aquel mismo año ya no había ningún Estado Miembro de la Unión Europea que cualificara como paraíso fiscal bajo el Real Decreto 1080/1991. Se nos ocurren dos posibles razones, si bien es verdad que consideramos que ninguna de las dos justifica el mantenimiento de esta cláusula a fecha de hoy.

Una primera sería que el legislador considerara que todavía existían paraísos fiscales europeos, como podían ser Gibraltar, Jersey, Guernesey o la Isla de Man, jurisdicciones cuya peculiar relación jurídica con el Reino Unido podía llevar a considerar que les eran de aplicación las normas fiscales de la Unión Europea en general y la Directiva matriz-filial en particular.

Esta potencial explicación ha perdido todo su fundamento a fecha de hoy. No ya solo por la salida del Reino Unido de la Unión Europea con efectos prácticos desde el 1 de enero de 2021, sino también tras la sentencia del TJUE de 2 de abril de 2020 en el caso C-458/18 GVC Services Bulgaria en la que el Tribunal concluyó, con una interpretación en relación con Gibraltar, pero trasladable al resto de territorios de soberanía británica, que las sociedades constituidas en Gibraltar y sujetas al impuesto sobre sociedades en dicho territorio no están incluidas en el artículo 2 de la Directiva Matriz-filial, quedando en consecuencia excluidas del ámbito de aplicación de la misma.

La segunda explicación es que el legislador hubiera querido reservarse la posibilidad de que algún otro territorio de la Unión Europea pudiera convertirse en un paraíso fiscal de facto, de forma que si este fuera el caso no se concedería la exención a dividendos procedentes de sociedades que no realizan una actividad económica per se. Esto es, sería una

norma jurídica que pretende cubrir situaciones que no se producen en la práctica, pero que podrían producirse.

No nos parece tampoco técnicamente correcto mantener en la Ley supuestos de normas hipotéticas, sin aplicación concreta, pero además contrarias al Derecho de la Unión Europea pues, recordemos que los dividendos de las sociedades patrimoniales del artículo 5 de la LIS (sociedades que podrían estar perfectamente en la misma situación que las sociedades a las que se dirige esta cláusula anti-paraísos fiscales por haber obtenido fundamentalmente rentas pasivas) sí pueden quedar exentos de tributación.

En conclusión, esta mención ha dejado de tener sentido, por sería recomendable su eliminación de la redacción legal o, en su defecto, plantearse como hacia GONZALO PECES²⁶⁹ su posible extensión a todos los paraísos fiscales, de forma que la regla no penalice la realización de actividades económicas en dichos territorios. Si bien la idea es sugerente, no nos parece que pueda prosperar en el actual contexto tanto de la Ley 27/2014 (marcado por la irrelevancia del origen empresarial de las rentas subyacentes, como veremos) o del Proyecto de Ley contra el fraude fiscal, como internacional (marcado por los esfuerzos de la OCDE y la UE en la lucha contra los territorios de baja tributación).

Por lo demás, la norma tiene una redacción muy clara: la exención no es de aplicación cuando la entidad participada reside en una jurisdicción no cooperativa. En este caso, se podrá eliminar o mitigar la doble imposición económica que pudiera subsistir vía la aplicación de la deducción del

²⁶⁹ Cfr. GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar...* op. cit., pág. 658. En la misma línea y ya bajo la LIS, cfr. DE FRUTOS RAMÍREZ, G. *Base Imponible...* op. cit., pág. 450.

impuesto subyacente del artículo 32 de la LIS. Y ello con independencia de que la entidad participada en cuestión realice actividades económicas por sí misma o no.

Una primera cuestión abierta de la norma es el momento temporal en el que hay que atender a la consideración de paraíso fiscal. Y ello porque bajo los criterios de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, un país o territorio puede dejar de tener esta consideración en ciertas situaciones, de forma que podemos encontrarnos con entidades participadas que poseen reservas que han sido generadas durante los años en que eran residentes en una jurisdicción no cooperativa y reservas obtenidas con posterioridad.

Esta cuestión se abordó ya en la ya consultada V0370-04, de 3 de diciembre, en relación con una filial residente en Islas Caimán, paraíso fiscal bajo el Real Decreto 1080/1991, que actuaba como entidad holding de una sociedad colombiana, y que iba a trasladar su residencia fiscal a España. La DGT, en una interpretación acertada del espíritu de la norma de exención y de la regla anti-paraíso y que, en nuestra opinión debería incorporarse a la Ley, concluyó que era necesario distinguir los dividendos procedentes de ejercicios en los que había sido residente en un paraíso fiscal de los que no²⁷⁰.

Una segunda cuestión de gran importancia es la relación entre esta regla anti-paraísos y el requisito de tributación comparable de los tres párrafos anteriores, y especialmente,

²⁷⁰ Un criterio similar se encuentra en las consultas V1618-08, de 31 de julio, V1891-12, de 28 de septiembre, V2126-12, de 6 de noviembre, V2199-12, de 16 de noviembre y V1114-13, de 4 de abril (aclaración de la V2126-12 citada) y, más recientemente y bajo la nueva ley en la consulta V4196-16, de 3 de octubre.

el párrafo relativo a la regla convencional, que prevé el cumplimiento del requisito de comparabilidad cuando la entidad participada reside en un Estado con el que existe un convenio de doble imposición.

Hasta ahora, la relación entre ambos párrafos ha sido prácticamente de incompatibilidad, dado que bajo la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, un país o territorio que califique como paraíso fiscal bajo el Real Decreto 1080/1991 puede perder esa calificación si suscribía un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información y dicho convenio entraba en vigor.

Sin embargo, la situación podría cambiar si se aprobara en los términos actuales el Proyecto de Ley contra el fraude fiscal enviado a las Cortes Generales en 2020, y que está actualmente en tramitación, que, aparte de recalificar a los paraísos fiscales como "jurisdicciones no cooperativas", en toda la normativa tributaria, establece un nuevo apartado 5 en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, con la siguiente redacción:

"Respecto de aquellos países o territorios que tengan la consideración de jurisdicciones no cooperativas, de conformidad con lo establecido en esta disposición, con los que el Reino de España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición que se encuentre vigente, la normativa tributaria relacionada con las jurisdicciones no cooperativas resultará también de aplicación, en la medida en que no sea contraria a las disposiciones del citado convenio.»

Como puede apreciarse, esta disposición prevé expresamente la compatibilidad del concepto de jurisdicción no cooperativa con la existencia de un convenio de doble

imposición suscrito con dicho país o territorio, en la medida en que el tratamiento fiscal resultante en España no sea contrario a las disposiciones del convenio de doble imposición.

La cuestión que surgirá, pues, será cuál de las dos reglas, la convencional o la anti-jurisdicciones no cooperativas, sería prevalente en caso de que una entidad participada residiera en un Estado o territorio con el que exista un convenio de doble imposición en vigor, pero que fuera incluida en el listado de jurisdicciones no cooperativas en una eventual actualización de la misma²⁷¹.

En nuestra opinión, la respuesta deberá inclinarse a favor de la regla de las jurisdicciones no cooperativas, dado el ámbito de aplicación de ambos preceptos, así como el hecho de que la regla aplicable a esta última se vaya a incluir inmediatamente después de la regla convencional.

En nuestra opinión, esta interpretación permitiría resolver el problema de tributación efectiva que surge en ciertos casos en relación con la regla convencional (por ejemplo, los casos en que no existía tributación efectiva por unas vacaciones fiscales antes apuntados). Y ello porque la actualización de la lista se podrá realizar conforme a los

²⁷¹ Es cierto que inicialmente no podría darse este caso, dado que la lista de jurisdicciones no cooperativas coincidirá con la del Real Decreto 1080/1991 y no existe ningún convenio de doble imposición en vigor con dichos países. Sin embargo, como señalábamos, el apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006 permite que la lista se actualice conforme a los criterios del Código de Conducta en materia de Fiscalidad Empresarial de la Unión Europea. La última lista publicada por este grupo el pasado 28 de septiembre de 2020 en relación con países y territorios no cooperadores a efectos fiscales (<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11054-2020-REV-1/es/pdf>) incluye a Panamá, Trinidad y Tobago y Barbados, países con los que existe convenio de doble imposición en vigor, por lo que no es descartable que se pueda dar esta situación si dichos países finalmente formaran parte de la futura lista de jurisdicciones no cooperativas.

criterios del Foro de Regímenes Fiscales Perjudiciales de la OCDE, que se ocupa, precisamente, de identificar regímenes fiscales perjudiciales, pero también conforme a criterios propios de la administración española en función de otras circunstancias, como la transparencia en materia de gobernanza fiscal, la posibilidad de crear sociedades sometidas a regímenes de tributación extraterritorial o la existencia de baja o nula tributación en el Estado en cuestión (apartados 2 y 3 de la citada disposición adicional primera en su posible nueva redacción).

En otras palabras, la lista podrá tener carácter mixto, incluyendo Estados que fueran considerados como jurisdicción no cooperativa *per se* y Estados que solo lo serían en relación con algunos de sus regímenes (al estilo de la redacción original del Real Decreto 1080/1991 que incluía a Luxemburgo solo en relación con ciertas entidades). Al hacerlo así, se otorgaría la deseada seguridad jurídica en esta materia.

4. La aplicación de la exención a los dividendos de "sociedades holding"

Como señalábamos al principio de este capítulo, el requisito establecido por el legislador de poseer un porcentaje de control mínimo para poder acceder a la exención ha sido tradicionalmente el responsable de buena parte de su complejidad. Buen ejemplo de ello es la necesidad de regular la aplicación de la exención sobre los "dividendos indirectos" o más comúnmente, de "sociedades holding" para evitar que la mera interposición de otra sociedad, controlada en su totalidad y residente en un tercer país con un régimen de exención favorable, resultara en una aplicación de la exención a dividendos que si se hubieran obtenido

directamente no hubieran cumplido con los requisitos de la exención en España.

Esta regla se incluía tradicionalmente en el apartado c) del artículo 21.1 del TRLIS (y sus redacciones anteriores equivalentes, provenientes todas de la redacción original del artículo 130 de la LIS de 1995). Conforme a la misma, se consideraba que los dividendos o participaciones en beneficios recibidos de una filial de primer nivel (o las rentas procedentes de la transmisión de participaciones en sus filiales) procedían de la realización de actividades empresariales en el extranjero cuando el sujeto pasivo del impuesto (el contribuyente residente en España) poseía una participación indirecta en las sociedades distribuidoras del dividendo (las filiales de segundo o ulterior nivel) que cumpliera con todos los requisitos del artículo 21, esto es, no solo con el de participación mínima, sino también con el de tributación comparable y el propio requisito de realización de actividades económicas.

La regla del TRLIS introducía algo de complejidad en la regulación de la exención, pero lo hacía de una forma respetuosa con la eliminación de la doble imposición económica, calificando a tales dividendos indirectos como no procedentes de actividades empresariales a los efectos de la regla del apartado c) que exigía que los ingresos de fuente empresarial fueran al menos el 85 por ciento del total (en el ámbito profesional se denominaba la "regla 85-15").

No obstante, la regulación de la norma podía llegar a permitir la exención de rentas procedentes de paraísos fiscales o de países o territorios sin un impuesto comparable al español. En concreto, al definir las actividades empresariales como aquellas en las que el 85 por ciento de

los ingresos procedían de determinadas fuentes, habilitaba a distribuciones "a medida" de dividendos de paraísos fiscales o filiales pasivas de segundo nivel para no exceder el 15 por ciento del total de ingresos de la sociedad de primer nivel pagadora del dividendo al contribuyente español²⁷². Si a este factor se le une su incompatibilidad con el Derecho de la UE (dado que este requisito no se exigía de los dividendos de entidades residentes en el antiguo artículo 30 del TRLIS), no es de extrañar que el legislador decidiera suprimir la regla 85-15.

Sin embargo, su eliminación habría tenido como efecto añadido la supresión de las normas para los dividendos indirectos, por lo que el legislador optó por trasladar estas reglas al nuevo artículo 21.1, y transformarlas en un requisito específico de la exención. Sin embargo, en lugar de haber creado un apartado c) propio para ellos, lo que habría ayudado mucho en la correcta redacción y comprensión de la norma, optó por incluirlas en los dos apartados existentes, el a) sobre la participación mínima, aplicable tanto a dividendos de entidades residentes como no residentes, y el b) para la tributación comparable en caso de dividendos de entidades no residentes, para concluir con un último párrafo de cierre y exención parcial para el caso de que la entidad participada en cuestión fuera una sociedad con diversas filiales, algunas de las cuales cumplieran con los requisitos y otras no. De estas tres normas nos ocupamos a continuación.

²⁷² Esta situación puede apreciarse, por ejemplo, en las consultas 0398-00, de 1 de marzo, de forma más teórica (pues no da detalles de la estructura en cuestión), y de forma más específica en la 0556-01, de 16 de marzo, en la que unos dividendos procedentes de Hong-Kong, que en aquellas fechas era paraíso fiscal, podían quedar exentos si se recibían a través de una sociedad interpuesta (en Dinamarca, país con un impuesto comparable al español) y se respetaban todos los demás requisitos del artículo 20bis de la LIS entonces vigente.

4.1. El requisito de participación mínima

Este requisito se halla incluido en dos párrafos del apartado a), el primero de ellos con tres reglas distintas:

“En el supuesto de que la entidad participada obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades en más del 70 por ciento de sus ingresos, la aplicación de esta exención respecto de dichas rentas requerirá que el contribuyente tenga una participación indirecta en esas entidades que cumpla los requisitos señalados en esta letra. El referido porcentaje de ingresos se calculará sobre el resultado consolidado del ejercicio, en el caso de que la entidad directamente participada sea dominante de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, y formule cuentas anuales consolidadas. No obstante, la participación indirecta en filiales de segundo o ulterior nivel deberá respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento, salvo que dichas filiales reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades con la entidad directamente participada y formulen estados contables consolidados.

El requisito exigido en el párrafo anterior no resultará de aplicación cuando el contribuyente acredite que los dividendos o participaciones en beneficios percibidos se han integrado en la base imponible de la entidad directa o indirectamente participada como dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades sin tener derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción por doble imposición.”

Como puede advertirse, la norma inicialmente adopta un criterio más laxo que el existente bajo el TRLIS al exigir que la participación mínima en las filiales indirectas se cumpla únicamente en aquellos casos en los que la entidad directamente participada ostente la calidad de "entidad holding", esto es entidades que obtengan al *menos el 70 por ciento de sus ingresos de "dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades"* ²⁷³.

El objetivo de la norma es claro: si los dividendos que recibe una entidad (A) residente en España proceden de una entidad (B) que obtiene al menos un 70 por ciento de sus ingresos de dividendos o rentas de la transmisión de valores de otra sociedad o sociedades (C), A solo podrá aplicar la exención sobre los dividendos recibidos indirectamente de C si posee una participación indirecta en C que cumpla con los requisitos porcentuales y temporales del artículo 21.1.a) de la LIS (con algunas excepciones que comentaremos más

²⁷³ Esta es la interpretación que le dan a esta norma, entre otros, ÁLVAREZ BARBEITO, P., *Un matiz a la aplicación del artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en casos de obtención de dividendos a través de entidades holding*. Análisis GA&P, 1 abril 2016, pág. 2; CUESTA CABOT, G. *El nuevo sistema de la corrección... op. cit.*, pág. 14, para quien la nueva norma constituye "una penalización a la inversión a través de sociedades holding que no existía en el TRLIS y que parece partir de una presunción objetiva de abuso por parte del contribuyente, y como tal presunción, injustificable". No podemos sino estar de acuerdo con él; y MACHANCOSES GARCÍA, E. *Los requisitos para eliminar la doble imposición económica... op. cit.*, Sección III, I. CUESTA CABOT y MACHANCOSES GARCÍA sostienen además que la finalidad y propósito de esta nueva regla es distinta a la del antiguo artículo 21.1. c) del TRLIS, en la medida en que, en este otro precepto, estaba vinculada a la obtención de rentas procedentes de actividades empresariales, requisito que, aparentemente, desaparece con la nueva Ley. En nuestra opinión, la cuestión no es tanto la finalidad, que también, sino la función que ejerce la regla y en esto, la nueva regla del 70 por ciento es equivalente a la que se desarrollaba anteriormente en el artículo 21.1 c) del TRLIS al exigir el cumplimiento de los requisitos de participación a nivel indirecto.

adelante). Evidentemente, esta regla no se aplicará nunca a los dividendos que A reciba de B con origen en otros tipos de rentas (por ejemplo, los propios beneficios de B)²⁷⁴.

Nótese que esta exigencia de una participación indirecta mínima de A en C se da si B es una "entidad holding", esto es, si obtiene al menos un 70 por ciento de sus ingresos de dividendos o rentas de la transmisión de valores de terceros. Si no se cumple este requisito de ingresos mínimos, por lógica, será indiferente la participación indirecta de A en las sociedades de segundo nivel (C), y el dividendo estaría exento.

A esta conclusión ha llegado tanto la DGT (por ejemplo, la consulta V2435-15, de 31 de julio)²⁷⁵, como la doctrina. Así, por ejemplo, GARCÍA-ROZADO²⁷⁶ ha señalado que *"este análisis debiera hacerse en tantos niveles como entidades indirectamente participadas, hasta que se tope con una entidad que no tenga la condición de holding, no siendo necesario analizar las participaciones poseídas a través de dicha entidad"*. Y es que, precisamente, como señala esta autora, la norma del 70 por ciento despliega sus efectos no solo en la entidad directamente participada, sino también en las indirectamente participadas en una cadena de dividendos.

Sin embargo, esta regla (que no debemos olvidar que surge precisamente para evitar el incumplimiento del requisito de

²⁷⁴ En relación con esta cuestión, la norma no precisa cómo identificar la parte de los beneficios de B que procede indirectamente de C y directamente de B en un escenario en que B no ha distribuido todos sus beneficios del ejercicio, como suele ser habitual. En este tipo de escenarios resultaría coherente la aplicación de una regla proporcional. En este sentido, por ejemplo, se pronuncia SANZ GADEA, E., *El resultado financiero... (II)*, op. cit., pág. 17. Un criterio similar se encuentra en la consulta V3380-16, de 12 de septiembre.

²⁷⁵ También la resolución V4247-16, de 4 de octubre de 2016.

²⁷⁶ Cfr. *"Medidas unilaterales españolas..."* op. cit., pág. 184.

participación porcentual mínima) provoca efectos perversos en la eliminación de la doble imposición económica, como se aprecia con un sencillo ejemplo en el que asumiremos, para una mejor comprensión de estos efectos, que todas las entidades son residentes en España²⁷⁷:

- Una sociedad A, que obtiene un dividendo de 100 um procedente de su participación en un 10% de la sociedad B.
- B distribuye 1.000 um, de sus 1.000 um de beneficios después de impuestos que a su vez proceden de dos fuentes: 800 um de sus propias actividades económicas ya gravadas y 200 um de dividendos de su filial C, participada en un 40%.
- Finalmente, C obtiene únicamente ingresos por dividendos de 500 um de su participación del 5% en su filial D, entidad que desarrolla actividades económicas gravadas por un impuesto sobre la renta.

En este ejemplo, habría tres tratamientos fiscales distintos de unos dividendos recibidos de participaciones iguales o superiores al cinco por ciento:

- La entidad A estará exenta por las 100 um de dividendos recibidos de B, dado que B no es una holding pues los dividendos recibidos de C (200 um) no superan el 30% del total de ingresos de B (1.000 um). Por ello, aunque indirectamente A tendría solo un 4% de C, los dividendos de C que le llegan a través de B no tendrán que cumplir esta regla y estarán exentos de tributación.

²⁷⁷ Asumiremos también a efectos meramente ejemplificativos que en todos los casos, las participaciones tienen una antigüedad superior al año y se cumple todo el resto de requisitos del artículo 21 de la LIS.

- B, sin embargo, no estará exenta por las 200 um distribuidas por C, dado que esta última sí es una "entidad holding", pues la totalidad de sus ingresos (500 um) se corresponde con los dividendos obtenidos de D, y B participa en D solo en un 2% (40% x 5%).
- Y, finalmente, C sí estará exenta por los dividendos de D, que es una entidad no holding en la que C participa al 5%.

En el ejemplo que acabamos de exponer, podemos entender que 20um de los dividendos recibidos por A se corresponden indirectamente, con beneficios obtenidos por D, sociedad que realiza una actividad empresarial que ha tributado ya en el Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, la no eliminación de la exención en B provocará doble imposición económica. Llama la atención también que A, que participaría indirectamente en un 0,2% en D pueda tener acceso a la exención, mientras que B, que participa en un 2% no, simplemente por la participación en una entidad, C, que actúa como holding.

Este impacto en la doble imposición económica induce a preguntarse si realmente el legislador ha acertado al configurar esta regla de participación indirecta como una regla anti-abuso de un beneficio fiscal, olvidando que como señalábamos en el primer capítulo de esta obra la eliminación de la doble imposición económica es una cuestión de justicia tributaria, en general y del principio de capacidad económica en particular²⁷⁸ y no tanto un beneficio fiscal.

La configuración de la norma está posibilitando que en casos como el anterior persista doble imposición económica en inversiones que podrían tener una lógica empresarial

²⁷⁸ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *La doble... op. cit.*, pág. 65.

perfectamente válida. Además, condicionar la eliminación de esa doble imposición al seguimiento del origen de los ingresos de participadas de niveles muy superiores (y de los que, por la propia dinámica de las relaciones entre socios y sociedades muchas veces no puede obtenerse información²⁷⁹) se convierte en un requisito de casi imposible cumplimiento en escenarios en los que no se participa en una sociedad vinculada o del mismo grupo de sociedades del artículo 42 CCo, supuestos en los que, además, como veremos en el epígrafe 4.1.1., el legislador flexibiliza la aplicación de esta norma.

Esta concepción anti-abuso, y el consiguiente mantenimiento de la doble imposición económica tiene incluso menos sentido cuando se aprecia que, como ya advertíamos en el epígrafe 3 anterior, la norma permite la exención de los dividendos de las "entidades patrimoniales" definidas en el artículo 5 de la LIS:

"... se entenderá por entidad patrimonial y que, por tanto, no realiza una actividad económica, aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto, en los términos del apartado anterior, a una actividad económica."

En otras palabras, una entidad patrimonial es aquella que no realiza una actividad económica. Sin embargo, y a pesar de

²⁷⁹ Podría objetarse que en el fondo toda la información financiera de las sociedades es pública vía la información del Registro Mercantil, pero eso supondría desconocer que no todas las entidades desglosan la información de la misma forma en sus estados financieros así como que, frecuentemente, se producen retrasos en el depósito de las cuentas, depósito que, por cierto, tiene como fecha límite normalmente una fecha posterior a la del último día de presentación de la declaración del impuesto sobre sociedades del perceptor del dividendo. Además, en el caso de entidades no residentes, la obtención de información puede ser aún más compleja dependiendo del país en cuestión, llegándose al caso de que, en ciertos países, la información no es pública.

que no realiza una actividad económica, el legislador no limita a estas entidades en lo relativo a la exención por dividendos (e incluso permite en el artículo 21.5 la exención parcial de las plusvalías en el importe que se corresponda con dividendos no distribuidos), precisamente porque es consciente de que las entidades patrimoniales, aunque no realicen actividades económicas, tributan por sus beneficios y, por tanto, existiría una doble imposición económica.

Podría alegarse que, como señala GARCÍA-ROZADO, el objetivo de la norma al incluir esta regla anti-abuso era realmente equiparar los requisitos del TRLIS en el ámbito interno e internacional²⁸⁰. Sin embargo, no creemos que estos fines justifiquen suficientemente el grado de complejidad que introducen y podrían tener difícil encaje en los principios de justicia tributaria.

Además, es necesario tener en cuenta que si lo que se pretende es evitar las estructuras verdaderamente artificiosas, el ordenamiento tributario español dispone de reglas anti-abuso generales como el conflicto en la aplicación de la norma tributaria o la simulación (artículos 15 y 16 de la LGT) que podrían ser utilizadas para combatir las en caso necesario²⁸¹.

²⁸⁰ Cfr. "Medidas unilaterales españolas..." op. cit., pág. 183.

²⁸¹ Ya en 2015, SANZ GADEA sugería que el artículo 100 de la LIS, sobre transparencia fiscal internacional, podía llevar a la imputación en la base imponible del contribuyente español de los dividendos obtenidos por una entidad en la que se ostentaba una participación de un 50 por ciento o superior, pero que carecía de medios materiales y personales para dirigir y gestionar las participaciones, haciendo innecesarias estas "argucias de agrupación". Cfr. SANZ GADEA, E., *El resultado financiero... (II)*, op. cit., pág. 22. Esta opinión se vería corroborada de entrar en vigor la redacción del artículo 100 de la LIS propuesta en la Ley de medidas de prevención del fraude fiscal.

Adicionalmente, y como acertadamente señala MACHANCOSES GARCÍA²⁸², la norma tal y como está configurada presenta serias dudas de compatibilidad con la Directiva matriz-filial, cuyo artículo 4.1 no permite negar la exención a todo o parte de los dividendos recibidos de una filial residente en la UE, por razón de la no existencia de participaciones indirectas mínimas, sin que la norma pueda considerarse como una transposición de sus artículos 1.2. (regla anti-abuso aplicable a "arreglos falseados" cuyo propósito principal sea obtener una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto de la directiva) o 1.4 (las cláusulas nacionales anti-abuso específicas).

Se trata pues, de una norma que, anticipamos ya, debería ser derogada, dado que presenta errores importantes en su fundamento, concepción y finalidad. Además, está redactada de forma confusa y con poca precisión, lo que ha dado lugar a muchas cuestiones que han tenido que ir resolviéndose, con mejor o peor fortuna, en la doctrina administrativa. Se trata de las siguientes cuestiones: (i) el concepto de "ingresos" y su cómputo a nivel individual o de grupo de sociedades; (ii) la utilización (o no) del criterio del valor de adquisición mínimo durante los periodos impositivos que se inicien dentro de los años 2021 a 2025, para participaciones adquiridas antes del 1 de enero de 2021; (iii) el momento temporal en que debe cumplirse el requisito del 70 por ciento y el requisito de participación indirecta; y, por último, (iv) las "cláusulas de escape" o supuestos de no aplicación de esta regla, así como la relación con las cláusulas de cierre de la letra b) de este artículo 21.1. Sobre todas estas cuestiones nos extenderemos a continuación.

²⁸² Cfr. MACHANCOSES GARCÍA, E., *Los requisitos para eliminar la doble imposición económica...* op. cit., Sección IV.

4.1.1. El concepto de "ingresos" y su cómputo a nivel individual o de grupo de sociedades

Como señala SANZ GADEA²⁸³, la norma contiene una fracción, en cuyo numerador habrá que incluir los dividendos y participaciones en beneficios así como las rentas derivadas de la transmisión de valores, siempre y cuando formen parte del resultado financiero integrado en la cuenta de explotación²⁸⁴, y en cuyo denominador, se incluirán todos los ingresos, tanto típicos de la cifra neta de negocios como accesorios, subvenciones, no recurrentes, financieros, etc.²⁸⁵. A estos efectos, apuntamos nosotros, no debemos olvidar que el concepto de "dividendos o participaciones en beneficios" a tener en cuenta deber ser, naturalmente, el previsto en la propia LIS, en el apartado 2 del artículo 21, ya analizado a lo largo del Capítulo II, incluyendo en su caso todas aquellas otras rentas que en nuestra opinión computaban como participaciones en beneficios (usufructos, primas de asistencia a juntas, etc.). No así, en cambio, aquellas rentas, como los rendimientos de préstamos participativos o los ajustes de subcapitalización, que se

²⁸³ Cfr. SANZ GADEA, E., *El resultado financiero... (II)*, op. cit., pág. 15.

²⁸⁴ Esto es, no deberán incluirse aquellas rentas monetarias que, siendo en sentido mercantil un dividendo, sin embargo no formen parte del resultado de explotación, por entender que suponen una devolución del precio de adquisición de una participación (p.e. los dividendos que procedan inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición porque se hayan distribuido importes superiores a los beneficios generados por la participada desde la adquisición, según el apartado 2.8 de la NRV 8ª del PGC de 2007).

²⁸⁵ Este criterio se aprecia por ejemplo en la resolución V2626-16, de 13 de junio de 2016, cuando, al referirse a las rentas procedentes de transmisiones de valores, señala que "este precepto no distingue si las participaciones poseídas tienen la condición de participaciones de control o participaciones correspondientes de la actividad de trading, por lo que todas las rentas generadas en la transmisión de dichas participaciones, cualquiera que sea la calificación que hayan recibido, deberán computarse a efectos de determinar la condición de entidad holding." Un similar criterio se expone luego en esta misma consulta con relación a los dividendos de entidades incorporadas a la consolidación contable por el método de puesta en equivalencia.

pueden obtener sin ostentar la condición de socio y que, por tanto, no podrían otorgar una participación indirecta en otra sociedad.

Pues bien, una primera duda que se plantea es qué ocurre cuando la entidad participada es extranjera y calcula su cifra de ingresos conforme a criterios contables distintos a los españoles. Para SANZ GADEA, la solución debe pasar por someter los estados financieros de la entidad participada a un proceso de homogeneización que las adecúe a los criterios españoles. Aunque técnicamente, sin duda, sería la solución más adecuada, no debemos olvidar que este proceso de homogeneización requiere habitualmente la ayuda de la entidad participada (para resolver las dudas que surgen durante el proceso)²⁸⁶, y que en aquellas ocasiones en las que se ostente una participación reducida (p.e. de un cinco por ciento), como ya hemos comentado anteriormente, puede no tenerse influencia necesaria para obtener la ayuda de la entidad en cuestión²⁸⁷.

Una segunda duda surge en relación con las inversiones en sociedades que formen parte de un grupo de sociedades del artículo 42 del CCo, para las que, como comentábamos en la introducción a este requisito, el legislador ha optado por concederles un método de cálculo más beneficioso. Así, se ha querido trasladar al régimen actual las reglas especiales para participaciones indirectas ya aplicables a las ETVEs según los artículos 130 de la LIS de 1995 y 117 del TRLIS, pero lo ha hecho de forma poco precisa:

²⁸⁶ SANZ GADEA lo considera la fórmula más adecuada, a pesar de reconocer que para poder cumplir con este requisito se necesita la colaboración de la entidad participada, lo que puede ser una "tarea engorrosa", Cfr. SANZ GADEA, E., *El resultado financiero... (II)*, op. cit., pág. 18.

²⁸⁷ Así lo destaca, por ejemplo, PONS, P.M. *Comentarios a la nueva exención... op. cit.*, pág. 69.

"El referido porcentaje de ingresos se calculará sobre el resultado consolidado del ejercicio, en el caso de que la entidad directamente participada sea dominante de un grupo según los criterios establecidos en el [artículo 42 del Código de Comercio](#), y formule cuentas anuales consolidadas."

En principio, y a estos exclusivos efectos, la norma determina que (i) si la entidad participada es la dominante de un grupo mercantil, (ii) el porcentaje de ingresos se calcule sobre el "resultado consolidado del ejercicio"²⁸⁸. Sin embargo, la norma no especifica cómo se calcula el resultado consolidado. Sobre esta cuestión se ha pronunciado la DGT en su consulta V5067-16 de 22 de noviembre de 2016, señalando que:

"Los estados contables consolidados a tener en cuenta serán los que resulten de la aplicación del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas y se modifica el Plan General de Contabilidad aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre y el Plan General de Contabilidad de Pequeñas y Medianas Empresas aprobado por Real Decreto 1515/2007, de 16 de noviembre. No obstante, en relación a aquellas entidades que se incorporen a la consolidación a través del procedimiento de puesta en equivalencia, se tendrán en cuenta los ingresos de dichas entidades participadas, por el porcentaje de participación poseído en las mismas."

²⁸⁸ Como avanza LÓPEZ POMBO esta regla es especialmente beneficiosa para las participaciones en entidades cotizadas, que normalmente suelen ser meras tenedoras de participaciones, y por tanto dominantes de su grupo, en entidades que llevan a cabo actividades económicas. Cfr. LÓPEZ POMBO, D. *Corrección de la Doble Imposición...* op. cit., pág. 418.

Nótese, asimismo, que, para el supuesto de participación en una entidad dominante, el legislador se desvía de la regla original, que comparaba ciertos ingresos con los ingresos totales. No es lo mismo los ingresos totales, magnitud bruta, que el resultado consolidado, magnitud neta que refleja el beneficio o pérdida del ejercicio y que, por tanto, está influida por la cuantía de los gastos del grupo mercantil.

Podría pensarse que la utilización de la magnitud "resultado consolidado" es beneficiosa, por cuanto, como señala la consulta V3350-15, de 30 de octubre de 2015 *"mediante la determinación de este criterio una entidad que, inicialmente, es holding, puede dejar de serlo teniendo en cuenta que en el resultado consolidado los dividendos distribuidos dentro del grupo mercantil son objeto de eliminación, lo que puede convertir a una entidad holding en una que no tiene tal condición"*, pero aun siendo cierto esto, también lo es que la eliminación de los dividendos internos se realiza no al determinar el resultado, sino directamente al computar los ingresos del grupo consolidado.

Esta disparidad podía llevar a calificaciones de "entidad holding" distintas en función de si se analizaban cuentas consolidadas o individuales. Por ello, la DGT ha tratado de corregir esta situación en sus respuestas a otras consultas y, en particular, dos de ellas, la ya citada V2626-16, de 13 de junio de 2016 y la también citada V5067-16 de 22 de noviembre de ese mismo año, en las que concluye con una redacción similar que el porcentaje se calcula sobre *"los ingresos que resulten del resultado consolidado"*. Lo cierto es que, como es evidente, los ingresos no resultan del resultado consolidado (sino en todo caso al revés, y ni aun así), pero se trata de un intento loable de resolver un error

de técnica legislativa, que debería corregirse, eso sí, adecuadamente por vía legal.

Otra duda surge en aquellos casos en los que aun siendo la entidad participada sociedad dominante de un grupo, no formule cuentas consolidadas por estar dispensada de la obligación de hacerlo (p.e. por alguna de las causas del artículo 7 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre sobre Normas de Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas). En este caso la respuesta de la DGT es clara y precisa: si no se formulan las cuentas consolidadas, el examen del cumplimiento del porcentaje se realizará sobre los ingresos individuales de la sociedad²⁸⁹.

En cualquier caso, y adicionalmente a lo anterior, la norma tal y como está redactada parece omitir un supuesto importante: la participación directa en entidades holding que perteneciendo a un grupo mercantil no sean su dominante²⁹⁰, sobre las que no se precisa sobre qué magnitudes debería calcularse el límite del 70 por ciento ni si deberían utilizarse estados financieros individuales propios o los consolidados de todo el grupo.

Una primera solución podría ser utilizar los estados financieros consolidados y así no introducir diferencias en función de la entidad en la que se participe. Además, la mencionada consulta V3350-15, señalaba que ello podría hacer

²⁸⁹ Cfr. Consulta V4502-16, de 18 de octubre. Aunque no se menciona en la norma de forma expresa, a *sensu contrario*, ello llevaría a considerar que cuando se formulan cuentas consolidadas de forma voluntaria, sería de aplicación la excepción a la regla del 70 por ciento y el cálculo de la misma con base en los ingresos consolidados, como se sugiere en la consulta V2626-16, de 13 de junio de ese mismo año.

²⁹⁰ Nótese que la tercera frase de este tercer párrafo sí se refiere a los casos de participación en una sociedad que no es dominante del grupo, pero lo hace únicamente a efectos del porcentaje de participación indirecta, no de la cuantificación de sus ingresos.

que por la eliminación de los dividendos internos, una entidad que hubiera sido holding, dejara de serlo, lo que sería positivo.

Sin embargo, no podemos olvidar que los estados financieros consolidados incluirán normalmente ingresos obtenidos por otras sociedades en las que el contribuyente en cuestión podría no participar de forma directa o indirecta (p.e. "sociedades hermanas" de la participada). Esos ingresos, a su vez, pueden incluir dividendos o rentas de transmisiones de valores que no se eliminen internamente por no proceder del grupo mercantil y ello podría llevar en algunos casos a alcanzar la ratio del 70 por ciento por ingresos que no deberían ser de la filial participada.

Nosotros propondríamos que, en este caso (y a falta de otra solución más imaginativa como que la propia Administración asistiera al contribuyente en la realización de la autoliquidación obteniendo ella los importes en cuestión, en aplicación de lo previsto en el artículo 85.2 e) de la LGT), se utilizara una ficción jurídica, la de que la entidad en cuestión fuera dominante de un grupo propio formado exclusivamente por ella y sus dependientes específicas (en su caso), y con base en las cuentas consolidadas de ese subgrupo realizar el análisis del cumplimiento del 70 por ciento. No ha sido éste el criterio utilizado por la DGT, sin embargo, que en el único caso que conocemos al respecto (la consulta V0429-16, de 3 de febrero) optó por analizar el cumplimiento del requisito del 70 por ciento, con base en las cuentas individuales de la sociedad dependiente en cuestión.

4.1.2. La relación con el valor de adquisición mínimo

Otra cuestión no resuelta en la redacción legal es la concreción de la expresión “una participación indirecta (...) que cumpla los requisitos señalados en esta letra”. Se trata de determinar si se puede cumplir la participación indirecta a través del valor de adquisición mínimo, al menos durante los periodos impositivos que se inicien en los años comprendidos entre 2021 y 2025, años en los que de acuerdo con la disposición transitoria cuadragésima de la Ley seguirá en vigor esta forma de cumplir con el requisito de participación mínima para las participaciones adquiridas antes del 1 de enero de 2021.

Inicialmente la respuesta parecería negativa. En primer lugar, porque como destaca SANZ GADEA²⁹¹ resulta complicado, a priori, poder calcular un valor de adquisición indirecto. Y, en segundo lugar, porque como señalábamos más arriba el legislador concibió esta regla del 70 por ciento como la continuación de la regla de participación indirecta del 5 por ciento que existía en el antiguo TRLIS, regla que no hacía alusión a ningún valor de adquisición mínimo dado que por aquel entonces este requisito no existía en el artículo 21 (sí en el régimen de ETVEs).

Por ello, las primeras resoluciones de la DGT sobre este apartado fueron particularmente claras al respecto. Por todas, cabe destacar la consulta V1984-15, de 25 de junio de 2015, en la que ese centro directivo, al analizar la exención de unos dividendos distribuidos por una entidad que obtenía

²⁹¹ Cfr. SANZ GADEA, E. “El resultado financiero... (II)”, *op. cit.*, pág. 16.

más del 70 por ciento de sus ingresos procedentes de dividendos de otras entidades, se expresaba de la siguiente forma:

"En el caso de que la entidad participada cumpliera los requisitos exigidos en el párrafo tercero de la letra a) del artículo 21 de la LIS, teniendo a estos efectos, la consideración de "holding" por entender que una parte significativa de los ingresos obtenidos por esta entidad (como mínimo el 70 por ciento) en el período impositivo cuyos beneficios son objeto de distribución proceden de participaciones en otras entidades, la aplicación del régimen de exención requerirá el cumplimiento del requisito de participación significativa del 5 por ciento y al menos 1 año de antigüedad respecto de las entidades indirectamente participadas. En este supuesto, no resulta de aplicación el valor de adquisición de 20 millones de euros..." (énfasis añadido)²⁹².

Sin embargo, lo cierto es que el valor de adquisición mínimo sí podría calcularse de forma indirecta a través de la multiplicación del valor de adquisición en la entidad participada directamente por el porcentaje indirecto de participación. Sin embargo, la DGT no ha aceptado nunca esta fórmula de cálculo, que no está recogida en ningún precepto de la normativa fiscal o contable, aunque es cierto que empezó a suavizar la redacción de la citada consulta V1984-15 en otras resoluciones posteriores, como la ya citada

²⁹² Otra consulta muy explícita, aunque sin la negativa expresa de la aplicación del valor de adquisición, es la ya citada V3404-15, de 5 de noviembre. En ella, la DGT sostiene que "... dicha entidad adquiere la condición de "holding" a estos efectos, exigiéndose, por tanto, una especie de "look through", es decir, un análisis del porcentaje de participación en las entidades indirectamente participadas, de manera que en las mismas se posea una participación indirecta del 5% o, lo que es lo mismo, analizar las participaciones indirectamente poseídas para ver si respecto de ellas se cumple el requisito de porcentaje de participación mínimo."

consulta V2435-15, de 31 de julio de 2015, en la que se señaló que:

"El valor de adquisición de 20 millones de euros queda reservado, casi exclusivamente, para las participaciones directas, de manera que no aplica en segundos o ulteriores niveles de participación."

Llamaba la atención en esta frase, el inciso "casi exclusivamente", del que la consulta no ofrecía explicación alguna, y que, además, no era necesario ni analizar, dado que, en el supuesto de hecho de la consulta, todas las participaciones, directas e indirectas, eran superiores al 5 por ciento.

La explicación no se produjo hasta la resolución V0429-16, en la que la DGT, con base en la última frase de este tercer párrafo del artículo 21.1 a) de la LIS, señaló lo siguiente:

"El valor de adquisición de 20 millones de euros queda reservado, casi exclusivamente, para las participaciones directas, de manera que no se aplica en segundos o ulteriores niveles de participación, salvo para el supuesto en que las filiales reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades con la entidad directamente participada y formulen estados contables consolidados."

Esto es, el valor de adquisición mínimo de 20 millones sirve como criterio de participación mínima cuando los dividendos proceden indirectamente de un grupo mercantil del artículo 42 del Código de Comercio, de forma que bastaría con poseer dicho valor mínimo en la entidad directamente participada para poder considerar cumplido el requisito de participación

mínima con respecto a los dividendos que procedan de otras entidades del mismo grupo mercantil.

Esta suavización del requisito de participación indirecta es bienintencionada y loable, por cuanto permite la eliminación de la doble imposición económica existente sobre esos dividendos, pero lo cierto es que no parece encajar en el tenor de la Ley, como se aprecia cuando se examinan conjuntamente las dos frases del párrafo tercero que se refieren a la participación indirecta (la primera y la tercera):

"(...) la aplicación de esta exención respecto de dichas rentas requerirá que el contribuyente tenga una participación indirecta en esas entidades que cumpla los requisitos señalados en esta letra. (...) No obstante, la participación indirecta en filiales de segundo o ulterior nivel deberá respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento, salvo que dichas filiales reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades con la entidad directamente participada y formulen estados contables consolidados."

Como venimos observando, la redacción de esta norma es muy confusa. Si la primera frase ya establece la obligación de poseer una participación indirecta que cumpla con los requisitos de la letra a) del artículo 21.1 de la LIS (y entre ellos, evidentemente, la participación del 5 por ciento), cabe preguntarse qué necesidad había de empezar la última frase del párrafo señalando precisamente que la participación indirecta debe respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento.

Desde nuestro punto de vista, la explicación se encuentra en la tramitación parlamentaria de la norma. La redacción inicial de este párrafo²⁹³ no contenía la que actualmente es la segunda frase, sino que era virtualmente idéntica a la transcrita más arriba²⁹⁴, lo que evidenciaba una doble intención del legislador. En primer lugar, dado que la primera frase terminaba aludiendo a "los requisitos señalados en esta letra", el legislador iniciaba la siguiente frase exigiendo, de forma específica el cumplimiento del requisito porcentual, o lo que es lo mismo excluyendo expresamente la posibilidad de cumplir con el requisito de participación vía el valor de adquisición mínimo.

Y, en segundo lugar, el legislador original pretendía incluir una excepción en la última frase del párrafo para las participaciones indirectas en grupos de sociedades, que el legislador concebía (y concibe todavía en la redacción finalmente vigente) como grupos que realizan una actividad económica *per se* y que, por tanto, no deberían verse afectados por una regla cuyo objetivo son sociedades holding que no realizan una actividad económica. En otras palabras, el legislador pretendía excluir a los grupos de sociedades del artículo 42 del Código de Comercio del ámbito de aplicación de la regla del 70 por ciento.

Sin embargo, la doctrina de la DGT no comparte esa presunta intención del legislador, concluyendo que la referencia a

²⁹³ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 108-1, de 6 de agosto de 2014, pág. 38.

²⁹⁴ De hecho, la segunda frase de la actual redacción no se incluyó hasta la enmienda 210 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, presentada durante la primera fase de enmiendas en dicha cámara. Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Núm. 429, de 4 de noviembre de 2014, pág. 474. Su ubicación en mitad del párrafo, sobre la que no se ofrece ninguna justificación específica, no pudo ser más desafortunada, tanto por la complejidad que introduce a todo el párrafo como por la disociación de la conexión entre dos frases que debían interpretarse conjuntamente.

los grupos de sociedades es a los efectos de extenderles el requisito del valor de adquisición mínimo, a pesar de que la norma no contiene ninguna referencia a este parámetro.

En cualquier caso, y, por último, no podemos dejar de apuntar una consecuencia, posiblemente indeseada, de la no consideración del valor de adquisición mínimo de los 20 millones de euros salvo para grupos de sociedades: determinadas reestructuraciones societarias de participaciones inferiores al 5 por ciento, pero con un valor de adquisición superior a los 20 millones de euros.

Efectivamente, en los casos en que los dividendos de estas participaciones estarían, en principio, exentos por el artículo 21 de la LIS si se percibieran directamente, sin embargo, la realización de una operación de reestructuración (por ejemplo, su aportación a una holding que actúe de cabecera del grupo de sociedades del contribuyente, o incluso la aportación a una holding común con otro inversor²⁹⁵) podría resultar en la necesidad de aplicar la regla del 70 por ciento y, posiblemente, en la pérdida de la exención. Y ello incluso en el caso de que la operación de reestructuración se haya acogido al régimen fiscal especial para estas operaciones de la LIS²⁹⁶.

Como ya avanzábamos al comentar el valor de adquisición mínimo, este es otro efecto más de la falta de regulación de los efectos de las operaciones de reestructuración sobre el

²⁹⁵ Pongamos, por ejemplo, que una participación de un 1% en una entidad cotizada A se adquirió por 25 millones de euros. Si esta participación se aporta a una sociedad B de nueva constitución, en la que el contribuyente ostenta un 100%, no habría cambiado nada desde el punto de vista patrimonial, pero la aplicación de la regla del 70 por ciento haría que el dividendo de B no quedara exento, ya que además B y A no formarían parte del mismo grupo de sociedades.

²⁹⁶ En una línea similar, cfr. PONS, P.M. *Comentarios a la nueva exención...* op. cit., pág. 74.

porcentaje de participación. Se trata de una redacción mejorable de la norma que ocasiona doble imposición económica en situaciones en las que teóricamente deberían mantenerse todos los efectos fiscales anteriores a la reestructuración.

4.1.3. Aspectos temporales

El artículo 21.1 a) regula el ámbito objetivo de la regla (obtener cierto tipo de ingresos), pero no establece su ámbito temporal:

"En el supuesto de que la entidad participada obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades en más del 70 por ciento de sus ingresos, la aplicación de esta exención respecto de dichas rentas requerirá que el contribuyente tenga una participación indirecta en esas entidades que cumpla los requisitos señalados en esta letra."

Tres son las cuestiones que surgen de esta redacción: (i) ¿Cuándo debe medirse el cumplimiento de la regla del 70 por ciento?, (ii) ¿cuándo debe cumplirse con el porcentaje de participación del 5 por ciento? y (iii) ¿cómo debe cumplirse el plazo de posesión en la entidad indirectamente participada? Nada de eso se concreta en la norma.

En relación con la primera cuestión, dado que la norma obliga a comparar ciertos ingresos con el total de los ingresos, esa comparación deberá realizarse entre términos de los mismos ejercicios, pero la cuestión surge cuando los dividendos distribuidos comprenden reservas procedentes de beneficios de distintos ejercicios.

En otras palabras, ¿debe realizarse la comparación entre ingresos utilizando las proporciones de ingresos obtenidos por la holding en el ejercicio en el que se distribuyen los dividendos al contribuyente? ¿O las proporciones de ingresos de los ejercicios en que se obtuvieron los beneficios a distribuir y que luego quedaron asignados a una reserva de libre distribución?

Si bien la interpretación literal de la norma llevaría a la primera opción (utilizar las proporciones del ejercicio de distribución)²⁹⁷, lo cierto es que esta solución podría facilitar eludir el propósito de la norma, simplemente planificando adecuadamente las distribuciones de dividendos desde las filiales de segundo y ulterior nivel a la "entidad holding" o, incluso al revés, hacer de aplicación la norma en caso de una distribución imprevista (para el socio) de grandes reservas acumuladas a un segundo nivel.

De forma acertada, la doctrina administrativa, en cambio, se ha inclinado por la segunda interpretación²⁹⁸, con dos consecuencias inmediatas:

- (i) Será necesario realizar un rastreo año a año de las proporciones de ingresos de la entidad, de forma que si se recibieran dividendos de años en los que se superaba el porcentaje del 70 por ciento y de los que no, entonces sería necesario analizar el cumplimiento de la participación mínima indirecta solo en los primeros²⁹⁹; y

²⁹⁷ Así parecen sostenerlo PONS, P.M., *Comentarios a la nueva exención...* op. cit., pág. 73 y MACHANCOSES GARCÍA, E., *Los requisitos para eliminar la doble imposición económica...* op. cit., Sección III, Apartado II.

²⁹⁸ Cfr. V2626-16 y V5067-16, de 13 de junio y 22 de noviembre de 2016.

²⁹⁹ Este es el criterio, por ejemplo, de la resolución V4247-16, de 4 de octubre de 2016, en su respuesta a la pregunta 2.(vii).

- (ii) Ser holding en un periodo impositivo no condiciona a otros periodos distintos.

El problema en muchas ocasiones es precisamente diferenciar las cantidades imputables a cada ejercicio. Por esta razón el artículo 21.1 incluye, justo al final de su redacción el siguiente párrafo, que establece un criterio LIFO (*"Last In First Out"* por sus siglas en inglés), en defecto de resolución expresa en el acuerdo social:

"Para la aplicación de este artículo, en el caso de distribución de reservas se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social y, en su defecto, se considerarán aplicadas las últimas cantidades abonadas a dichas reservas."

En conclusión, en nuestra opinión, habrá que entender que la regla del 70 por ciento debe atender a los beneficios subyacentes obtenidos en cada año, de forma que deberá analizarse si en cada uno de dichos años la filial en cuestión obtuvo más del 70 por ciento de los ingresos procedentes de dividendos, participaciones en beneficios o de la transmisión de participaciones. Si se hubieran distribuido dividendos de beneficios obtenidos en distintos años, entonces será necesario aplicar un criterio LIFO, salvo que el acuerdo social de distribución señale otra cosa.

En cualquier caso, y si bien esta solución nos parece la que encaja mejor con el espíritu de la norma, esta regla debería incluirse expresamente en una eventual reforma de la Ley.

La segunda cuestión no resuelta en la redacción literal de la norma decíamos que era cuándo debe cumplirse con el requisito de participación mínima en la filial de segundo o

ulterior nivel. En otras palabras, ¿debe atenderse a la fecha de distribución del dividendo por la entidad directamente participada?, ¿hay que tomar como referencia la fecha de distribución del dividendo a la entidad directamente participada por su filial, directa o indirecta?, o alternativamente ¿debería ser la fecha de devengo del periodo impositivo en cuestión?

En principio, podría pensarse que, dado que el contribuyente español solo podría obtener un dividendo cuando su filial directa acuerde la distribución correspondiente, será entonces cuando haya que examinar el cumplimiento de los requisitos de la norma. Sin embargo, esto podría resultar en actividades de planificación del porcentaje de participación (p.e. retrasar la distribución al socio hasta que la entidad de primer nivel pueda adquirir una participación o antigüedad suficiente para que se cumpla el requisito). Asimismo, tomar la fecha del devengo del impuesto podría generar dudas sobre la aplicabilidad de la exención si el porcentaje de participación hubiera oscilado a lo largo del ejercicio social y fuera, por ejemplo, inferior al del momento de la distribución del dividendo.

Esta cuestión se ha resuelto por la DGT en diversas consultas, en favor del criterio de atención al ejercicio de obtención de la renta. La primera consulta que lo estableció así fue la V3493-16, de 22 de julio en la que la DGT señaló que:

"... la aplicación de la exención a los dividendos procedentes de A por parte de S requerirá que S tuvieran una participación indirecta en X, de al menos un 5%, en el periodo impositivo de obtención de los beneficios cuya distribución se produce..."

Sin embargo, esta referencia al "periodo impositivo en que se produce la transmisión" (o se obtiene el dividendo, en su caso) resulta muy poco precisa, ya que un periodo impositivo suele ser un periodo de 12 meses y durante el mismo pueden producirse variaciones en la participación, directa o indirecta. Por ello, la DGT vino a aclarar estos términos en la ya citada consulta V5067/16, de 22 de noviembre de 2016:

"... el requisito de participación indirecta mínima se debe analizar el día en que sea exigible el beneficio que hubiera sido distribuido por la entidad indirectamente participada."³⁰⁰

Si bien se trata de un criterio coherente con el objetivo de la norma, puede ser complicado de verificar, una vez más, en supuestos de participaciones en cadenas de sociedades en las que el contribuyente no dispone de información suficiente (ni de influencia para obtenerla) para determinar las fechas de exigibilidad de las distribuciones de dividendos realizadas por filiales de segundo o ulterior nivel, como pueden ser aquellos casos en los que no se participa en una entidad vinculada o que forme parte del mismo grupo de sociedades del art. 42 Cco. Un motivo práctico más, en nuestra opinión, para modificar radicalmente o incluso derogar esta norma.

³⁰⁰ Similar criterio se adopta en la respuesta a la consulta V2917-17, en la que se consultaba sobre la aplicación de la exención de los dividendos a una entidad holding de primer nivel, por parte de dos entidades que le serían transmitidas por su accionista persona física previamente. La DGT señaló que "en definitiva, la participación que la entidad holding poseerá en A y B cumplirá los requisitos del artículo 21.1 de la LIS siempre que en la fecha de distribución del dividendo/s se cumpla el tiempo mínimo de tenencia de dicha participación, para lo cual será de aplicación el principio de subrogación previsto en el artículo 84 de la LIS."

Y, por último, en relación con el plazo de posesión ininterrumpida de un año, la norma no precisa cómo debe computarse ese plazo en las entidades indirectamente participadas, es decir, si bastaría con que el plazo se compute al nivel de la participación directa del contribuyente en la entidad holding, con independencia del tiempo concreto de participación de ésta en la entidad indirectamente participada, o si hay que tener en cuenta también el plazo de posesión de la participación de la holding en su propia entidad participada cuando le reparte dividendos o cuyas participaciones transmite.

En nuestra opinión, la única interpretación válida sería ésta última, debiendo exigirse que todas las entidades de la cadena hayan poseído la participación durante el plazo de un año en el momento en que se generaron las rentas en cuestión. Así lo señala también la DGT en la ya citada consulta V3493-16, de 22 de julio:

"Por otro lado, será necesario que tanto la participación directa que S ostenta en A como la participación indirecta que S ostenta en H, se hayan poseído de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, las mantenga posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo."

4.1.4. Supuestos de no aplicación

El legislador, consciente de que la aplicación estricta de la regla del 70 por ciento podía resultar en la subsistencia de doble imposición económica, estableció en el último párrafo del apartado a) del artículo 21.1 un supuesto de no aplicación (también llamado "cláusula de escape" por SANZ

GADEA³⁰¹) cuando los dividendos en cuestión tenían su origen en otros dividendos que ya habían tributado originariamente:

"El requisito exigido en el párrafo anterior no resultará de aplicación cuando el contribuyente acredite que los dividendos o participaciones en beneficios percibidos se han integrado en la base imponible de la entidad directa o indirectamente participada como dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades sin tener derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción por doble imposición."

Dos son las cuestiones que origina esta norma y que todavía no han sido resueltas por la doctrina administrativa.

En primer lugar, la norma exige que el contribuyente acredite la integración de los dividendos en la base imponible de una tercera entidad, residente o no, a cualquier nivel de participación³⁰², circunstancia que como apunta SIMÓN YARZA³⁰³, puede ser de difícil cumplimiento. Efectivamente, no debemos olvidar que el supuesto general en que esta cláusula sería de aplicación será cuándo el contribuyente no tenga una participación indirecta del 5 por ciento en la entidad en cuestión, por lo que no parece muy factible que el contribuyente tenga la capacidad de acreditar cuál ha sido

³⁰¹ Cfr. SANZ GADEA, E., *El resultado financiero... (II)*, op. cit., pág. 19.

³⁰² Acertadamente apunta SANZ GADEA que "la integración en la base imponible implica que la renta en cuestión haya computado para determinar la base de cálculo del impuesto, aun cuando ello no implicase una tributación efectiva, sea por mediar la compensación de bases imponibles negativas o por la concurrencia de beneficios fiscales exorbitantes, o solamente supusiese una tributación efectiva ínfima motivada, entre otras técnicas, por un tipo de gravamen reducido o por bonificaciones". *Ibidem*.

³⁰³ Cfr. SIMÓN YARZA, M.E., *La exención de dividendos... op. cit.*, 2015, Capítulo 3, Sección 3.2.3.

la tributación efectiva de una entidad en la que tiene una participación minoritaria. En relación con esta cuestión, LÓPEZ POMBO³⁰⁴ señala que

"De acuerdo con la interpretación que del término "acreditación" de la tributación han realizado los tribunales, y conforme a lo establecido por el artículo 105.2 de la LGT, si esta tributación se ha producido en una sociedad residente en España, debería bastar a nuestro juicio con que el contribuyente designe de "modo concreto los elementos de prueba en poder de la Administración tributaria". Esta posibilidad, por supuesto, no estará disponible si la filial es no residente."

Estamos de acuerdo con este autor, pero debemos también tener en cuenta que, aunque el tema esté claro en la interpretación de los Tribunales, el problema estará frecuentemente en la interpretación que los órganos de la Agencia Tributaria realicen de este requisito durante sus actividades de comprobación e investigación. Por ello, *de lege ferenda* sería conveniente la modificación de este precepto para que el contribuyente solo tenga la obligación de indicar la entidad que, en su consideración, habrá tributado por los dividendos o rentas de la transmisión de participaciones en cuestión. De esta forma, será la Administración Tributaria, que al fin y al cabo sí dispone de la información al respecto, la que tendrá la obligación de probar lo contrario. Recordemos que en el caso de entidades no residentes la Administración Tributaria podría ejercitar los mecanismos de intercambio de información pertinentes, especialmente si existe un instrumento internacional con el país correspondiente para

³⁰⁴ Cfr. LÓPEZ POMBO, D., *Corrección de la Doble Imposición... op. cit.*, pág. 426.

el intercambio de información, bien en el correspondiente convenio de doble imposición o incluso en algún otro instrumento internacional, como pudieran ser las Directivas de la UE sobre asistencia mutua e intercambio de información o incluso el Convenio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal, del Consejo de Europa y la OCDE, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1988.

Y, en segundo lugar, la norma exige que la entidad que haya integrado los dividendos o participaciones en beneficios lo haya hecho *"sin tener derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción por doble imposición"*. En principio podría pensarse que la limitación es coherente con el propósito de que los dividendos o participaciones en beneficios hayan soportado imposición. Sin embargo, si se analiza con cuidado, se advierte que esta redacción es difícilmente defendible, por las siguientes razones:

- (i) En primer lugar, la referencia a la no aplicación de un régimen de exención es una reiteración innecesaria, dado que este método normalmente resulta por sí mismo en la no integración de los dividendos en la base imponible. En otras palabras, no es necesario demostrar la no integración de unas rentas que no se integran de por sí, salvo que se estén pensando en regímenes de exención parcial, pero en este caso, como comentaremos a continuación, entonces tendría menos sentido porque las rentas sí habrían soportado imposición y deberían poder servir para acreditar el cumplimiento de la cláusula,

- (ii) En segundo lugar, porque habría que entender que esos supuestos de *"deducción por doble imposición"*

a los que se refiere la norma son los resultantes de la aplicación del método de imputación (artículos 31 y 32 de la LIS), métodos que como comentábamos anteriormente, pueden, y suelen, tener como efecto secundario la no eliminación completa de la doble imposición, dado que operan deduciendo el impuesto soportado en el extranjero del impuesto español. Por tanto, en aquellos casos en los que el impuesto extranjero haya sido poco significativo (por ejemplo, un 5% por aplicación de un convenio de doble imposición), en España se habrá tributado por el importe restante (un 20% en el ejemplo), generando todavía doble imposición económica, pero sin posibilidad de beneficiarse del supuesto de no aplicación³⁰⁵; y

- (iii) Por último, porque como apunta MACHANCOSES GARCÍA³⁰⁶, la configuración actual de la norma puede vulnerar el Derecho Originario de la Unión Europea y, en particular, la libertad de establecimiento.

Ello es así porque, bajo la aplicación de la norma si la filial directa fuera holding y residente en España, los dividendos recibidos de una participación inferior al 5% habrían tributado en la holding que los recibió, pero no en el inversor último, contribuyente del IS (precisamente por la aplicación de la exención). En cambio, si fuera

³⁰⁵ A mayor abundamiento, nótese que en el ejemplo la tributación soportada en España por ese dividendo, el 20%, sería superior a la que se exige en el apartado b) de este artículo 21.1 a los dividendos de entidades no residentes (10%) para considerar que los mismos están sometidos a un Impuesto de naturaleza idéntica o análoga al español, y por tanto pueden beneficiarse de la exención por doble imposición económica.

³⁰⁶ Cfr. MACHANCOSES GARCÍA, E., *Los requisitos para eliminar la doble imposición económica...* op. cit., Sección V.

una holding no residente, con un método de exención mejor que el español (p.e. Luxemburgo o Malta, en palabras de la autora), entonces sí tributarían en el inversor español.

En otras palabras, esta configuración de la norma puede disuadir de invertir en el extranjero a través de holdings intermedias, sin tener en ningún caso justificación suficiente al estar configurada de forma automática y sin atender a las circunstancias concretas.

Pero, además de la cláusula de escape prevista en el último párrafo del apartado a), debemos destacar que la doctrina administrativa, consciente sin duda de la complejidad de la norma, ha previsto por sí misma algunos casos en los que la regla del 70 por ciento no sería de aplicación.

Nos referimos, en particular, a la respuesta a la consulta V0323-16, de 27 de enero del 2016³⁰⁷ en la que un contribuyente percibía dividendos procedentes de una filial en la que participaba tanto de forma directa como indirecta, y en este último caso lo hacía a través de una sociedad considerada "holding" a los efectos de la regla que nos ocupa. Pues bien, aunque el contribuyente tenía una participación directa en la holding superior al 5% (como ocurría en el caso en cuestión, con un 23,80% de participación directa), sin embargo, la participación que poseía indirectamente en la sociedad distribidora del dividendo era inferior al mínimo de la Ley. En conclusión, los dividendos obtenidos de forma directa podrían quedar exentos, mientras que los obtenidos a través de una "holding", no.

³⁰⁷ Igual criterio se adopta en la consulta V0325-16, también de 27 de enero.

No es ésta la conclusión alcanzada por la DGT, que señala expresamente que

"Si bien, en el presente caso, y en la medida en la que X posee una participación directa en Z, que cumple los requisitos del artículo 21.1.a) de la LIS, se entienden cumplidos los requisitos del artículo 21.1.a) de la LIS en relación a los dividendos distribuidos por Z, que la entidad X reciba a través de su participación en Y."

Si bien nos hallamos, otra vez, en presencia de una consulta bienintencionada, no por ello se despejan todas las dudas sobre esta cuestión, además de que se producen otras nuevas. Por ejemplo, ¿habría respondido igual la DGT si en vez de poseer un 23,80% de participación hubiera poseído una participación inferior al 5 por ciento, pero con un coste de adquisición superior a los 20 millones de euros? No parece probable.

Como conclusión, esta regla de atender exclusivamente a la participación directa para aplicar la exención de dividendos recibidos indirectamente casa mal con el tenor literal de la Ley. Desde nuestro punto de vista, este tipo de situaciones deberían haberse resuelto directamente en el cuerpo de la norma y no forzando su interpretación.

Por último, no podemos dejar de coincidir con MACHANCOSES GARCÍA³⁰⁸, cuando en su completo análisis sobre esta regla, sugiere que se incluyan dentro de las excepciones a la aplicación de esta regla, la existencia de motivos económicos válidos. Efectivamente, es sorprendente que el legislador

³⁰⁸ Cfr. MACHANCOSES GARCÍA, E. *Los requisitos para eliminar la doble imposición económica...* op. cit.

que tantas veces ha utilizado esta cláusula para permitir la aplicación de exenciones (p.e. el artículo 14.1 h) del TRLIRNR) o evitar la aplicación de normas anti-abuso (p.e. el artículo 100.16 relativo a la transparencia fiscal internacional), no haya reparado en ella para la regla que nos ocupa y *de lege ferenda* propondríamos su inclusión, para el caso de que la norma no se derogase.

4.2. El requisito de tributación comparable

Este requisito se halla redactado en el quinto párrafo del artículo 21.1 b) con el siguiente tenor:

"En el supuesto de que la entidad participada no residente obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, la aplicación de esta exención respecto de dichas rentas requerirá que el requisito previsto en esta letra se cumpla, al menos, en la entidad indirectamente participada."

Como puede apreciarse, la norma es bastante precisa: en caso de obtención de dividendos de una sociedad holding, la entidad cuyos dividendos se redistribuyen o cuyas participaciones se transmiten debe haber cumplido con el requisito de tributación comparable en la forma prevista en el apartado b) del artículo 21.1 de la LIS (esto es, bien a través de la regla convencional, bien a través de la imposición mínima del 10 por ciento). Sin embargo, su redacción genera algunos comentarios.

En primer lugar, la norma se halla redactada en singular, refiriéndose tanto al principio como el final del párrafo a "la entidad participada" y "la entidad indirectamente

participada". Esto es, a diferencia de la regla del 70 por ciento mencionada para la participación mínima (que por definición extiende sus efectos a las participaciones en varias entidades al tiempo al examinar el total de los ingresos de la entidad directamente participada), el legislador está considerando aquí que la entidad directamente participada participa en una sola entidad no residente³⁰⁹, dejando fuera las situaciones en las que se participa en diversas entidades para la cláusula de cierre del siguiente párrafo del apartado b), que examinaremos en el epígrafe 4.3.

En segundo lugar, no se entiende bien la referencia a que el requisito de tributación comparable se cumpla "al menos" en la entidad indirectamente participada. Esta regla, que parece permitir que la entidad participada directamente no esté sometida a un impuesto comparable al español, siempre que sus participadas sí lo estén, olvida que el requisito de tributación comparable pretende evitar la aplicación de la exención también, y más significativamente, a paraísos fiscales.

En este sentido, la inclusión de los términos "*al menos*" podría llevar a defender el cumplimiento del requisito en una estructura de inversión a través de una filial de primer nivel en un paraíso fiscal, que obtiene rentas de una entidad de segundo nivel que sí está sometida a un impuesto idéntico o análogo al español.

³⁰⁹ Es cierto que, al definir las rentas a obtener, la norma se refiere a "fondos propios de entidades" en plural, pero en nuestra opinión, esta frase constituye una copia literal de la misma expresión de la regla del 70 por ciento en el apartado a), sin que puede dársele mayor importancia.

No creemos que esta sea la intención del legislador tanto porque conceptúa la regla anti-paraisos como una regla absoluta sin excepciones (excepto para Estados miembros de la UE) como porque esta regla aplicable a participaciones indirectas tiene como objetivo que todas las sociedades de la cadena hayan estado sometidas a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga³¹⁰.

De hecho, este es el criterio también de la DGT en su consulta V4196-16, de 3 de octubre, en la que se planteaban los efectos del traslado de la sede de dirección efectiva de una entidad filial residente en un paraíso fiscal a un tercer país que no tenía la consideración de tal. La DGT concluye claramente en los siguientes términos:

"...los beneficios generados por las filiales indirectamente participadas por H a través de F con anterioridad al traslado de ésta, y distribuidos con posterioridad a dicho traslado no podrán beneficiarse de la exención prevista en el artículo 21 de la LIS, aunque las filiales cumplieran con los requisitos para aplicar la exención en el momento en que se generaron los citados beneficios, puesto que su participación se ostentaba a través de una entidad residente en un paraíso fiscal."

En nuestra opinión, el significado de "al menos" cobra sentido si se pone en contexto con las inversiones en entidades no residentes sometidas al régimen de atribución de rentas (sobre las que volveremos en el Capítulo IV), y que pueden poseer participaciones en otras entidades no residentes que hayan sido gravadas por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS español.

³¹⁰ Así lo mantiene también PONS, P.M. *Comentarios a la nueva exención...* op. cit., pág. 76.

Y, por último, resulta especialmente llamativo que el legislador no haya recogido expresamente el criterio de la DGT en relación con un caso más frecuente de lo que parece: la participación en una filial situada en un Estado en el que existe un impuesto idéntico o análogo de acuerdo con la Ley, pero que obtiene sus beneficios (y paga dividendos conforme a los mismos) procedentes de un establecimiento permanente sito en un tercer Estado en el que no hay tal impuesto idéntico o análogo, o, directamente, en un paraíso fiscal (o jurisdicción no cooperativa), y en las que la DGT niega expresamente la posibilidad de cumplir con este requisito³¹¹.

Como decimos, esta situación no está prevista específicamente en el artículo 21.1.b), dado que un establecimiento permanente no es una entidad. Si bien la solución de la DGT nos parece correcta técnicamente³¹² y extensible a la regulación actual, este criterio debería incluirse en la Ley.

4.3. La cláusula de cierre para sociedades holding

Como señalábamos más arriba, al redactar las reglas de participaciones indirectas el legislador optó por incluirlas de forma independiente en los dos apartados del artículo

³¹¹ La DGT optó por una interpretación finalista en sus consultas V0129-09, de 22 de enero, sobre inversiones en paraísos fiscales por medio de establecimientos permanentes de una sociedad residente fiscal en Rumanía y V1345-13, de 19 de abril, asimilando las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente a los dividendos y, exigiendo, por tanto la tributación comparable del establecimiento permanente, y ello aunque en el caso de esta última consulta la casa central en cuestión se hallase en un Estado con el que existía convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información aplicable (Cuba).

³¹² Aunque con una opinión enunciada al menos cuatro años antes que estas consultas, no parecía estar de acuerdo MARTÍN JIMÉNEZ. Cfr. *Oportunidades de planificación fiscal...* op. cit., pág. 9.

21.1: la regla del 70 por ciento, para el requisito de participación mínima, y la regla del quinto párrafo del apartado b) para la tributación comparable. Sin embargo, esta última prevé únicamente la participación indirecta en una sola entidad, por lo que era necesaria una cláusula de cierre que previera las consecuencias de participar indirectamente en dos o más sociedades, o incluso en más niveles de participación.

Esta cláusula se encuentra en el sexto párrafo del apartado b), enunciada en los siguientes términos:

"En el supuesto de que la entidad participada, residente o no residente en territorio español, obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades procedentes de dos o más entidades respecto de las que solo en alguna o algunas de ellas se cumplan los requisitos señalados en las letras a) o a) y b) anteriores, la aplicación de la exención se referirá a aquella parte de los dividendos o participaciones en beneficios recibidos por el contribuyente respecto de entidades en las que se cumplan los citados requisitos."

Como puede apreciarse, la redacción de esta regla es bastante confusa, especialmente cuando se la compara con el párrafo anterior relativo a la tributación comparable. La explicación de las diferencias entre ambas normas y del concreto significado de la norma debe buscarse en su tramitación parlamentaria.

La primera redacción de esta norma en el Proyecto de Ley remitido a las Cortes³¹³ tenía un tenor literal distinto, que se mantuvo sin cambios hasta que fue modificado en el Senado por medio de la enmienda 210 presentada por el Grupo Parlamentario Popular³¹⁴.

Reproducimos a continuación una imagen del texto comparado de las versiones iniciales del Proyecto de Ley que se envió al Senado (a la izquierda de la imagen, y que, a estos efectos, conservaba la redacción del Proyecto de Ley) y el texto que se aprobó en el Senado y se remitió al Congreso (a la derecha de la imagen, y que, a estos efectos, coincide con la versión finalmente aprobada), publicada en el propio Boletín Oficial de las Cortes Generales³¹⁵ y en la que se advierten en negrita las modificaciones introducidas y que nos servirá para analizar el propósito de la norma.

En el supuesto de que la entidad participada obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades procedentes de dos o más entidades respecto de las que solo en alguna o algunas de ellas se cumplan los requisitos señalados en las letras a) y b) anteriores, la aplicación de la exención se referirá a aquella parte de los dividendos o participaciones en beneficios recibidos por el contribuyente respecto de entidades en las que se cumplan los citados requisitos.

En el supuesto de que la entidad participada, **residente o no residente en territorio español**, obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades procedentes de dos o más entidades respecto de las que solo en alguna o algunas de ellas se cumplan los requisitos señalados en las letras **a) o a) y b)** anteriores, la aplicación de la exención se referirá a aquella parte de los dividendos o participaciones en beneficios recibidos por el contribuyente respecto de entidades en las que se cumplan los citados requisitos.

Antes de iniciar el análisis, debemos recordar que el párrafo que nos ocupa se encuentra dentro del apartado b) del

³¹³ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 108-1, de 6 de agosto de 2014, pág. 38.

³¹⁴ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Núm. 429, de 4 de noviembre de 2014, pág. 474. Desafortunadamente, la justificación de la enmienda ("se aclaran determinados párrafos para entender que resultan de aplicación, tanto a entidades residentes en territorio español, como a entidades no residentes") no explica suficientemente bien las razones detrás del cambio.

³¹⁵ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, n.º. 108-5, de 20 de noviembre de 2014, pág. 74.

artículo 21 dedicado exclusivamente a los dividendos de entidades no residentes en territorio español.

Pues bien, aunque es cierto que la redacción inicial se refería a "la entidad participada" sin distinguir si era residente o no residente, de la interpretación de todo el párrafo se deducía que la regla aplicaba únicamente a los dividendos obtenidos por una participada no residente, que debían cumplir "los requisitos señalados en las letras a) y b) anteriores", algo que solo se exige para los dividendos de entidades no residentes que, por definición, deben cumplir con ambos requisitos.

En ese contexto, era lógico que no se incluyera ninguna cláusula de cierre para los dividendos de entidades residentes, precisamente porque como señalábamos esa función ya estaba (y está) incluida en el apartado a) del artículo 21.1, en la regla del 70 por ciento que atiende a la percepción de dividendos de una o varias fuentes y niveles.

En conclusión, bajo la redacción inicial del Proyecto de Ley, las reglas de participación indirecta, a dos o más niveles, se encontraban en el apartado a) y las reglas de tributación comparable indirecta se encontraban en los dos párrafos del apartado b), el primero de exigencia de tributación comparable en una entidad no residente indirectamente participada, y el segundo de exención parcial en los casos en que, habiendo diversas filiales no residentes no se cumpliesen los requisitos previstos en los apartados a) y b) en todas ellas. Todo ello perfectamente coordinado.

Sin embargo, como decimos, la enmienda 210 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado modificó la redacción, que se mantiene en la actualidad, incluyendo las referencias

oportunas para que el segundo párrafo aplicara expresamente también a entidades residentes. Sin embargo, la modificación complicó la interpretación de la norma en su conjunto, en particular en lo relativo a la interpretación conjunta de las dos reglas aplicables a participaciones indirectas en entidades residentes, la regla del 70 por ciento del apartado a) y el párrafo que nos ocupa del apartado b), debiendo determinarse cuál de las dos es preferente con respecto a la otra.

Y es que si la redacción de la cláusula de cierre fuera preferente sobre la norma del 70 por ciento, ello podría dejar vacía de contenido a esta última, como se aprecia en el siguiente ejemplo. Supongamos que la entidad española A posee un 100% de la entidad residente B, y ésta última posee participaciones en dos entidades (residentes en países con los que existe un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información), C, con un 5% y D, con un 4%.

En este caso, bajo el artículo 21.1.a), A estaría exento por los dividendos de B procedentes de C, pero no de D, ya que indirectamente no tendría un 5%. Y ello a pesar de que B habría tributado por los mismos por no cumplir con el requisito de participación directa mínima.

Es decir, esta interpretación podría llevar a la tributación en sede del contribuyente residente (A) de unos dividendos que, bajo la aplicación de la "cláusula de escape" del artículo 21.1. a), mencionada en el epígrafe 4.1.4. anterior habrían quedado exentos.

Lo absurdo de esta interpretación ha llevado a algunos autores como LÓPEZ POMBO³¹⁶, a defender una interpretación "sistemática" del artículo 21, integradora de esta regla del apartado b) con la regla del tercer y cuarto párrafo del apartado a), considerando que deben interpretarse de forma conjunta, de forma que a los dividendos de sociedades holding también se les aplicaría no ya solo la cláusula de escape por existencia de doble imposición económica previa, sino también, por ejemplo, el supuesto de no aplicación en caso de no percibir un 70 por ciento de sus ingresos procedentes de dividendos y rentas procedentes de la transmisión de participaciones³¹⁷. En el fondo, sería lo mismo que considerar que cuando la norma hace referencia a la necesidad de cumplir con los requisitos señalados en la letra a), ello incluye también la regla del 70 por ciento y sus excepciones. Sin embargo, no puede descartarse una interpretación que amparándose en el tenor literal de la norma exija el cumplimiento de la participación indirecta sin excepciones³¹⁸.

La única explicación que encontramos a esta enmienda introducida en el Senado es evitar dudas de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea (que como ya hemos dicho fue el verdadero motor de la reforma del artículo 21), dado que la redacción original era aplicable solo a participaciones en entidades no residentes. La justificación de la enmienda es muy parca y no lo explica en estos términos,

³¹⁶ Cfr. LÓPEZ POMBO, D., *Corrección de la Doble Imposición... op. cit.*, pág. 435.

³¹⁷ Una referencia en este sentido puede encontrarse también en CUESTA CABOT, G., *El nuevo sistema de la corrección... op. cit.* pág. 20.

³¹⁸ LÓPEZ POMBO señala que un autor en esta línea sería LOPEZ-SANTACRUZ Cfr. *Memento Impuesto Sobre Sociedades*, Edit. Francis Lefebvre, Madrid, marginal 2638. Sin embargo, de la lectura del marginal citado y del resto del capítulo, no nos parece que este último autor adopte una posición tan restrictiva (posiblemente porque la obra en cuestión es de actualización muy recurrente).

así que ésta es únicamente una intuición de este autor. El problema es que, al introducir esta nueva redacción, el legislador no se dio cuenta de que no era realmente necesaria y que al actuar así estaba invadiendo el ámbito de aplicación del tercer párrafo del artículo 21.1 a). Otra muestra más de la extraordinaria dificultad de modificar un artículo de por sí excesivamente complejo.

5. Los supuestos de exclusión de la exención

El cumplimiento de todos los requisitos que hemos expuesto no permite directamente aplicar la exención. Previamente hay que analizar si los dividendos incurren en alguna de las causas de exclusión que prevé la Ley. Son las dos siguientes: (i) cuando el dividendo sea deducible para su pagador (penúltimo párrafo del apartado b) del artículo 21.1) y (ii) cuando el contribuyente haya optado por aplicar a los dividendos el método de imputación de los artículos 31 o 32 de la LIS (artículo 21.9 c))³¹⁹.

En relación con este último supuesto, referente a la relación práctica entre los métodos de imputación y de exención, ya adelantamos que por razones de sistemática lo abordaremos en el Capítulo IV al estudiar allí la relación entre ambos métodos.

³¹⁹ Bajo el TRLIS existía una causa de exclusión adicional en el apartado 3.b) para los dividendos de sociedades deslocalizadas al extranjero con la finalidad principal de disfrutar del régimen de exención del artículo 21 del TRLIS. Esta causa de exclusión, como decimos, no se ha incorporado en la LIS dado que la redacción de la misma y su espíritu resultaba difícilmente compatible con la libertad de establecimiento del artículo 49 del TFUE, al constituir en la práctica una presunción cuasi automática de la existencia de abuso, contraria, por citar un ejemplo, a la doctrina del TJUE en el caso *Cadbury Schweppes* (asunto C-196/04, de 12 de septiembre de 2006-).

En cuanto a los dividendos deducibles, su expulsión del ámbito de la exención se halla regulada en los siguientes términos:

"No se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora."

La regla merece varios comentarios. En primer lugar, la norma empieza aceptando que, ordinariamente, la renta en cuestión deberá tener la naturaleza de dividendos o participaciones en beneficios, esto es, de rentas derivadas de participaciones en el capital o los fondos propios, de préstamos participativos o de préstamos de valores o de cualquiera de las demás participaciones en beneficios comentadas en el Capítulo anterior. Por tanto, no cabría aplicar esta regla a rentas que como destaca SANZ GADEA³²⁰, ya estarían *per se* excluidas del ámbito de esta exención (p.e. los intereses) ni, en nuestra opinión, a ningún instrumento híbrido que no se configure como una de las categorías de dividendos previstos en la Ley o de participaciones en beneficios asimilados a ellas, ya analizados en el Capítulo II anterior.

En segundo lugar, y en concordancia con lo anterior, la deducibilidad que da lugar a la exclusión de los dividendos del ámbito de la exención del artículo 21 debe localizarse en entidades similares a las que el artículo 21.2 tenía en cuenta para la exención; esto es, en una entidad participada (en el caso de las rentas procedentes de participaciones en el capital o los fondos propios de otras entidades o de una renta asimilable a éstas), en cualquier otra entidad del

³²⁰ Cfr. SANZ GADEA, E., *El resultado financiero... (I) op. cit.*, pág. 38.

grupo de sociedades del artículo 42 del CCo (en el caso de los intereses de préstamos participativos o de los contratos de cuentas en participación, como proponíamos en el Capítulo II) o en el prestatario (en el caso de los dividendos manufacturados en los préstamos de valores).

Adicionalmente, la norma solo aborda casos de dividendos que hayan dado lugar a un "gasto fiscalmente deducible". No existe ninguna limitación para dividendos que hayan generado desimposiciones por otras causas (p.e. una deducción en la cuota, una bonificación, etc.) o para supuestos "económicamente similares"³²¹. Como acertadamente señala SANZ

³²¹ A estos efectos, es muy interesante el comentario de LÓPEZ-SANTACRUZ, en relación con una Resolución de la DGT, de fecha 11 de noviembre de 2015, con número V3438-15, en la que se aborda la consideración como dividendos de una devolución de impuestos realizada por la Administración tributaria maltesa. Por la información que proporciona la consultante, la normativa maltesa del Impuesto sobre Sociedades reconoce a los socios de las entidades allí residentes el derecho a la devolución de parte del Impuesto satisfecho por éstas últimas, condicionada al reparto efectivo de un dividendo. La DGT analiza, pues, si dicha cantidad puede ser considerada como "dividendos o participaciones en beneficios", pronunciándose en los siguientes términos: "Adicionalmente, aquellos ingresos percibidos de la administración tributaria maltesa deben asimilarse en su tratamiento fiscal a los dividendos siempre que, en este último caso su percepción se encuentre inequívocamente vinculada a la distribución del dividendo y se satisfaga a cada socio en la parte correspondiente a su porcentaje de participación." Como puede advertirse, aunque sin citarlo expresamente, la DGT analiza la cuestión desde la relación socio-sociedad. Y ello le lleva a concluir que la cantidad devuelta debería ser considerada como un dividendo merecedor de la exención. Sin embargo, LÓPEZ-SANTACRUZ critica que esta devolución, realizada por las autoridades fiscales maltesas, equivale a una deducibilidad del dividendo y supone que sea nula la tributación del beneficio distribuido, por lo que la DGT debería haber negado la aplicación de la exención (cfr. LÓPEZ-SANTACRUZ, J.A., *Memento del Impuesto sobre Sociedades*, Edit. Francis Lefebvre, 2020, marginal 2646). No podemos estar de acuerdo con estas afirmaciones que sin duda se deben al desconocimiento de este autor del funcionamiento del sistema fiscal maltés. Malta, antigua colonia británica, continúa con la utilización del sistema de imputación británico (el antiguo *Advance Corporation Tax*) mediante el cual una entidad paga impuestos y sus accionistas, como método para eliminar la doble imposición económica, reciben un crédito fiscal por parte (no todo) del importe satisfecho, aplicable en su impuesto personal. En el caso de los no residentes en Malta, ese crédito supone una devolución parcial de impuestos. Este sistema, como decimos, no es nuevo, sino que tiene una amplia tradición en Europa, habiendo sido utilizado por el Reino Unido e incluso por Francia (el conocido *Avoir Fiscal*) e incluso ha sido recogido en dos Convenios de Doble

GADEA³²² la redacción es mejorable, pero, en nuestra opinión, es la que es y al tratarse de una limitación de una exención, no se debería admitir ninguna interpretación más restrictiva, sin perjuicio de que ello pueda ser reformado por el legislador en un futuro.

Asimismo, en cuanto a su motivación, y como destaca CUESTA CABOT³²³, la restricción tiene su origen en el Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal de la Comisión Europea, de 6 de diciembre de 2012, y en la Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 antes mencionada, y que tenía por propósito evitar la desimposición generada por el uso de instrumentos híbridos. Igualmente, se puede encontrar también su origen en el Proyecto BEPS de la OCDE y, en concreto, en su acción 2, sobre "Neutralización de los efectos de desajustes por

Imposición españoles, como el ya derogado convenio de doble imposición con el Reino Unido, de 21 de octubre de 1975 (cuyo artículo 10.3 regula la tributación del crédito fiscal recibido por un residente fiscal español) y el actual Convenio de Doble Imposición con Francia, de 10 de octubre de 1995, cuyo artículo 10.3 se ocupa de la devolución y tributación del *Avoir Fiscal* (si bien es un artículo que actualmente carece de aplicación práctica dado que en Francia ya no se aplica este sistema). Esto es, dicha devolución no es sino otra forma de garantizar la inexistencia de doble imposición económica, y negar la exención solo llevaría a un nuevo gravamen en España y, por tanto, a una situación de doble imposición que la norma, precisamente, trata de evitar, y más aún en una situación en la que existe convenio de doble imposición con Malta, que como veremos en el siguiente capítulo, resulta en la existencia de una tributación comparable a la española. Quizá precisamente por ello, LÓPEZ SANTACRUZ señala más adelante que "si la entidad no residente tiene su residencia en un país con convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, dado que en este caso, aun estando exenta la entidad participada, sin embargo se entienda cumplido el requisito de haber estado sujeta a un impuesto a un tipo nominal de al menos el 10%, no parece coherente que, por el contrario, no se aplique la exención cuando la distribución del dividendo genera un gasto fiscalmente deducible, pues en ambos casos resulta que el beneficio no ha tributado de forma efectiva en la entidad participada no residente".

³²² Cfr. SANZ GADEA, E., *El resultado financiero... (I) op. cit.*, pág. 38.

³²³ Cfr. CUESTA CABOT, G., *El nuevo sistema de la corrección... op. cit.*, pág. 10.

estructuras híbridas"³²⁴, cuya Recomendación 2.1 señala lo siguiente (traducción propia):

"Recomendación 2.1 - Denegación de la exención de dividendos en caso de pagos deducibles.

106. El objetivo de una exención de dividendos es, habitualmente, evitar la imposición de un nivel adicional de tributación en el accionista sobre rentas que ya han estado sujetas a tributación al nivel de la sociedad. La Recomendación 2.1 recomienda que los países que proporcionan una exención de dividendos a sus perceptores, como forma de evitar la doble imposición económica sobre beneficios empresariales, no extiendan dicha exención a pagos que no hayan soportado impuestos al nivel de la sociedad." (subrayado nuestro)

Sin embargo, este párrafo no debe ser citado aisladamente, sino que hay que tener en cuenta el resto de párrafos de la recomendación y en particular el 110, que dice así:

"La recomendación se aplica únicamente a los dividendos que son deducibles en su pagador.

110. Para determinar si un dividendo es deducible a los efectos de la Recomendación 2.1, el contribuyente

³²⁴ No es el objeto de esta obra analizar en profundidad el concepto de instrumento híbrido, tan presente en la actualidad tributaria internacional debido a la atención prestada por la OCDE en su proyecto sobre *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS, por sus siglas en inglés) que les ha dedicado un Informe específico. En su lugar, nos remitimos a la lectura de una sucinta pero muy completa explicación de los tipos de instrumentos híbridos y su empleo en la planificación fiscal internacional, en JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D.J., *Doble (no) imposición e híbridos financieros: tendencias internacionales y reforma del Impuesto sobre Sociedades*. En VV.AA. "Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3ª ed.). La Reforma del Sistema Tributario Español (2ª Parte)". Instituto de Estudios Fiscales, Doc. n° 10/2015, Madrid, pág. 138 y ss., y MARTÍNEZ LAGUNA, F.D., *Institutional Hybrid Financial Instruments... op. cit.*, pág.,447 y ss.

habitualmente analizará el instrumento bajo el cual se ha realizado el pago, así como si el emisor del mismo tenía derecho a una deducción por su pago. El hecho de que un dividendo genere una deducción en otro país para un contribuyente distinto, debido a la existencia de una estructura híbrida institucional o bajo un híbrido contractual no supondrá siempre una denegación de la exención del dividendo en el país del perceptor”.

Esto es, la denegación de la exención no es automática, sino que requiere un análisis del instrumento en cuestión y de los roles de las partes. Y ello es así porque las recomendaciones de esta Acción 2 tienen un ámbito de aplicación muy definido, como se aprecia, por ejemplo, en la Recomendación 1, sobre neutralización de asimetrías fiscales que dan lugar a deducción de una cantidad que luego es no computable en otro Estado. Esta Recomendación señala en su apartado 2 que esta Acción requiere la existencia de un instrumento híbrido y precisa en su apartado 4 que también es necesario que haya habido un pago a una entidad vinculada, como suele ser el caso de los dividendos, o, en su caso, un “acuerdo estructurado”³²⁵.

Esto nos podría llevar a una discusión sobre si la redacción legal del artículo 21 podría ser de aplicación en la práctica para casos como los JSCP comentados en el epígrafe 2 del Capítulo II. Una primera lectura rápida del tema llevaría a una conclusión inequívoca: en la medida en que los JSCP se corresponden con una distribución de beneficios (ya lo confirmó el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de

³²⁵ De acuerdo con la Recomendación 10 de la Acción 2 del Proyecto BEPS, un acuerdo estructurado es aquél en el que la asimetría híbrida se valora en los términos del acuerdo o en el que los hechos y circunstancias (incluidos los términos) del acuerdo indican que ha sido diseñado para producir una asimetría híbrida.

marzo de 2016) y generan un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora, los mismos no deberían estar exentos en sede de su perceptor español.

Sin embargo, lo cierto es que los JSCP no deberían considerarse un instrumento híbrido a estos efectos (su calificación jurídica como participaciones en beneficios es la misma en ambas jurisdicciones y, además, no tienen un origen contractual) y, por tanto, creemos que no deberían - al menos, si se atiende a la finalidad última de la norma- entenderse encuadrados en el ámbito de aplicación de las Recomendaciones anteriores, ni en el ámbito de la limitación recogida en el artículo 21 de la LIS³²⁶.

En este sentido, como ha señalado MARTÍNEZ LAGUNA³²⁷, cabría hacer una distinción entre los "Instrumentos híbridos institucionales" y los "Instrumentos híbridos contractuales". Los primeros (en los que se encuadrarían los JSCP, el "notional interest" belga o, incluso nuestra propia reserva de capitalización del artículo 25 de la LIS), no contendrían ningún elemento de deuda en su encuadramiento jurídico, si bien su régimen fiscal permitiría la deducción "nacional" de gastos a efectos fiscales. Aun cuando las implicaciones prácticas de ambos instrumentos pueden ser las mismas (doble no tributación³²⁸), este autor reclama acertadamente un tratamiento diferenciado para los primeros,

³²⁶ Así lo defienden, particularmente, CALVO, R., y SAN SALVADOR, E., en *Brazil/Spain - Tax Treatment of JSCPs in Spain: Past, Present and Future*, *European Taxation*, n° 10, 2017.

³²⁷ Cfr. MARTÍNEZ LAGUNA, F.D., *Institutional Hybrid Financial Instruments.. op. cit.*, pág. 449.

³²⁸ A nuestro juicio, la equiparación entre deducción en el pago del beneficio y no tributación de éste es discutible, al menos en el contexto de los JSCP. Así lo han entendido también la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo español al analizar el requisito de tributación en la fuente de las filiales brasileñas que reparten JSCP en las ya citadas Sentencias relativas a esta materia.

excluyéndolos del ámbito de la Acción 2 del proyecto BEPS con base entre otros argumentos en el propio párrafo 11 de esta Acción, que señala expresamente que las reglas que permiten deducciones presuntas por aportaciones a los fondos propios no producen asimetrías de las contempladas en la Acción 2³²⁹. Nótese, además, que en este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina brasileña que se ha ocupado de este asunto³³⁰.

Los JSCP son un "híbrido institucional", esto es, unas distribuciones de resultados conforme a las leyes mercantiles, contables y de control de cambios brasileñas a las que, sin embargo, la legislación tributaria brasileña (y, en concreto, la Ley Federal n° 9.249, de 26 de diciembre de 1995) permite, por razones de política fiscal interna y de control de la inflación, considerar como un gasto deducible con ciertas limitaciones, a pesar de que desde el punto de vista mercantil no poseen en ningún caso la naturaleza de deuda ni son de exigencia debida.

Como tales, los JSCP no son un instrumento creado y utilizado por los contribuyentes con el objetivo de erosionar la base imponible de los inversores en Brasil, sino que se trata de una medida de política fiscal aprobada por el legislador brasileño para incentivar la capitalización de las empresas brasileñas. Así, el carácter "híbrido", en su caso, de esta figura surgiría como consecuencia del tratamiento fiscal en Brasil de la distribución de beneficios (con las limitaciones correspondientes) y no de las características híbridas del instrumento jurídico subyacente.

³²⁹ Cfr. MARTÍNEZ LAGUNA, F.D., *Hybrid financial instruments, double non-taxation and linking rules*. Edit. Kluwer Law International, Amsterdam, Países Bajos, 2019, pág. 94, nota al pie 414.

³³⁰ Cfr. TOMAZELA, R., *Why Brazil's interest on net equity should not be affected by BEPS Action 2*. Kluwer International Tax Blog, August 26, 2015.

Asimismo, debemos recordar que el Tribunal Supremo ya había aceptado en su sentencia de 16 de marzo de 2016 esta configuración de los JSCP como un incentivo fiscal brasileño:

"En primer lugar la denominación "juros [o intereses] sobre el capital propio" es contradictoria. Terminología que, posiblemente, encuentre su explicación en la finalidad fiscal de la norma brasileña que los crea (Ley Federal nº 9.249, de 26 de diciembre de 1959): fomentar la capitalización de las empresas brasileñas otorgando un tratamiento fiscal similar a las vías de financiación de las sociedades, ya sea la de la ampliación de capital o por la de préstamos. Y, así, otorga una ventaja fiscal a dicha capitalización, concediendo una reducción de impuestos a pagar hasta un límite establecido en proporción a los fondos propios de las sociedades brasileñas."

Es decir, la inversión en JSCP no constituye un supuesto de planificación fiscal con la concurrencia de complejos instrumentos financieros creados para fomentar la desimposición o el fraude fiscal, sino que los JSCP representan una medida general de política económica introducida para dar respuesta a las peculiaridades del sistema económico brasileño³³¹.

Hay que hacer notar, en cualquier caso, que la Exposición de Motivos de la Directiva 2016/1164 del Consejo, de 20 de junio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas

³³¹ De la misma forma, por otra parte, que las reservas no gravadas (o gravadas a tipos muy reducidos) derivadas de las sucesivas actualizaciones de balances que se han producido en España, o la actual reserva de capitalización (artículo 25 de la LIS) no pueden considerarse fomento de la evasión fiscal (o de la desimposición) en forma alguna y no debería resultarles de aplicación la recomendación 2.1 de la Acción 2 de BEPS.

de elusión que afectan directamente al funcionamiento del mercado interior (la llamada "Directiva Anti-Elusión"), señala en su apartado 13 que:

"(13)... En este contexto, conviene aclarar que las medidas destinadas a combatir las asimetrías híbridas en la presente Directiva tienen por objeto hacer frente a situaciones de asimetría imputables a diferencias en la calificación jurídica de un instrumento financiero o de una entidad, y no tienen por objeto afectar a las características generales del sistema fiscal de un Estado miembro."

Es cierto que, con posterioridad, se ha aprobado la Directiva 2017/952 del Consejo, de 29 de mayo de 2017 que viene a modificar la Directiva 2016/1164 en relación con las asimetrías híbridas con terceros países, pero a nuestro juicio, la misma no modifica esta situación, y de hecho su exposición de motivos no indica nada al respecto. En este sentido, cabría argumentar que los JSCP no son tanto un "instrumento híbrido" como un elemento general del sistema fiscal brasileño cuya efectividad, sin duda, se vería mermada por la aplicación, fuera de Brasil, de la normativa anti-híbridos de distintas jurisdicciones.

No obstante, el Derecho de la Unión Europea también da argumentos en contra de esta interpretación. Es, por ejemplo, el caso de la Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. Concretamente, la exposición de motivos de dicha Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE señala que:

"Con el fin de evitar situaciones de doble no imposición derivadas de asimetrías en el tratamiento fiscal de la distribución de beneficios entre Estados miembros, resulta oportuno que el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro de su establecimiento permanente impidan a esas empresas acogerse a la exención fiscal aplicada a los beneficios distribuidos que hayan recibido, en la medida en que dichos beneficios sean deducibles por la filial de la sociedad matriz".

Así, el artículo 4.1 a) de la Directiva 2011/96/UE ha quedado modificado en el sentido de que, cuando una sociedad matriz reciba beneficios distribuidos por su filial, en el caso de Estados Miembros que hayan implementado la Directiva a través del método de exención:

"se abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial".

Si bien la exposición de motivos de la Directiva 2014/86/UE alude a su pretensión de luchar contra la doble no imposición que se deriva de mecanismos financieros híbridos, refiriéndose de forma genérica a *"evitar situaciones de doble no imposición derivadas de asimetrías en el tratamiento fiscal de la distribución de beneficios entre Estados miembros"*, lo cierto es que dicha asimetría sí concurre en el caso de los JSCP³³². En conclusión, la redacción literal

³³² MARTÍNEZ LAGUNA considera que la Directiva 2014/86/UE tampoco debería ser de aplicación a los instrumentos híbridos institucionales, como los JSCP si se hace caso a su finalidad de evitar asimetrías híbridas causadas por diferentes calificaciones legales. En opinión de este autor, no obstante, en la medida en que exista una asimetría que genere un gasto fiscalmente deducible, será posible que instrumentos como los JSCP caigan bajo el ámbito de aplicación efectivo de la Directiva, que pasa así a conformarse como una norma limitadora de la planificación fiscal y a ejercer una función que este autor no considera compatible con el

de la Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE sí podría perjudicar una interpretación finalista de la disposición contenida en el artículo 21 de la LIS, aunque también podría alegarse que, en todo caso, la Directiva sólo es de aplicación en distribuciones de dividendos producidas entre sociedades de distintos Estados miembros y no con países terceros, como Brasil³³³.

Como conclusión, tal y como se desprende de lo anterior, y atendiendo a la finalidad del precepto, la limitación introducida en el artículo 21.1 de la LIS (i.e. que la distribución del beneficio no genere un gasto fiscalmente deducible) no debería ser de aplicación a los JSCP. Sin embargo, la contextualización de la norma en el marco de la Directiva 2011/96/UE y, en general, en las distintas iniciativas anti-híbridos de BEPS y la UE, así como, sobre todo, su interpretación literal, no ampararían la aplicación de la exención del artículo 21 de la LIS a los JSCP. Cuestión distinta, por supuesto, sería si los rendimientos de los JSCP podrían considerarse exentos bajo el artículo 23.3 del convenio de doble imposición con Brasil, cuestión que, en nuestra opinión, ya ha resuelto la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2015.

Siendo esta una cuestión tan polémica, no es de extrañar que existan varias resoluciones de la DGT al respecto. En concreto, la DGT emitió el 27 de junio de 2016 contestación

Derecho originario de la UE. Cfr. MARTÍNEZ LAGUNA, F.D., *Hybrid financial instruments...*, op. cit., págs. 230 a 232.

³³³ Sin embargo, esta justificación llevaría a defender que el artículo 21, que como ya hemos comentado anteriormente es norma de transposición de la Directiva, tiene dos ámbitos de aplicación distintos, uno para los dividendos de la UE, en los que sería de aplicación la regla anti-híbridos y otro para los de terceros países, en los que no. No parece una justificación muy coherente.

a dos consultas tributarias vinculantes (V2962-16 y V2960-16) señalando que, en su opinión, estos rendimientos caen directamente bajo el ámbito de aplicación del penúltimo párrafo del artículo 21.1 de la LIS. Por consiguiente, no podrían estar exentos, dado que los JSCP deben calificarse como intereses en el marco del convenio de doble imposición España-Brasil, prescindiendo a estos efectos del análisis realizado por el Tribunal Supremo, y por el Tribunal Superior de Justicia de Brasil en sentencia de 11 de junio de 2014 (Recurso especial nº 1.373.438 - RS (2013/0067213-8)) que confirmó que los JSCP tienen la naturaleza jurídica de distribuciones de beneficios³³⁴.

Finalmente, debemos destacar una llamativa ausencia en la regla, que no prevé referencia alguna a la percepción de dividendos deducibles por una entidad indirectamente participada (las denominadas "asimetrías importadas" (*imported mismatches*) de la Recomendación 8 de la Acción 2 del Proyecto BEPS).

Podría interpretarse que el legislador trató de incluir un mandato imperativo para todos los dividendos, de suerte que los mismos nunca puedan dar lugar a una renta exenta en el contribuyente del IS, una vez recibidos por el mismo, con independencia del nivel a que se haya producido la deducción. Sin embargo, esta interpretación debería conciliarse con la regla del 70 por ciento y la cláusula de tributación comparable para sociedades holding antes comentadas.

³³⁴ No vamos a entrar en el análisis de esta cuestión, que nos apartaría del ámbito de nuestro trabajo, pero por su interés no podemos dejar de recomendar el trabajo de CALVO SALINERO y SAN SALVADOR PICÓ antes citado. Cfr. *Spain: Spanish Supreme Court confirms... op. cit.*

En relación con la primera de ellas, debemos recordar que la regla del 70 por ciento es de aplicación cuando la entidad directa o indirectamente participada percibe más de dicho porcentaje de sus rentas de dividendos o participaciones en beneficios (entre otras rentas). ¿Deberíamos incluir en el numerador de esa fracción los dividendos que hubieran sido deducibles en una filial de segundo nivel y que como tales no habrían estado exentos? Como decimos, la norma no lo precisa y la interpretación administrativa, hasta donde alcanza nuestro conocimiento, no lo ha abordado.

En nuestra opinión, sí deberían computarse también en el numerador, dado que como señalábamos más arriba, estas rentas deben tener precisamente naturaleza de dividendos o participaciones en beneficios y, además, la propia regla del 70 por ciento no distingue entre dividendos que puedan estar exentos al nivel del contribuyente del IS y los que no.

Algo más compleja es la segunda cuestión, en relación con la tributación comparable para sociedades holding y las reglas del quinto y sexto párrafo del apartado b) (analizadas en los epígrafes 4.2. y 4.3. anteriores). Recordemos que, en virtud de dichas normas, el requisito de tributación comparable debe analizarse también en la entidad directamente participada y, en casos de participación en una sociedad holding que perciba rentas de diversas entidades participadas, se aplica la exención únicamente a los dividendos que hayan cumplido tanto los requisitos del apartado a) (de participación mínima) como b) (de tributación comparable).

La cuestión surge porque el legislador, aparentemente, ha incluido la regla que nos ocupa precisamente en el penúltimo párrafo de la letra b). Ello lleva a plantearse si el examen

de la deducibilidad debe realizarse también al nivel de la entidad indirectamente participada, así como si la cláusula de cierre sería de aplicación en aquel caso en el que la entidad holding haya percibido dividendos deducibles en una entidad filial indirecta.

En nuestra opinión, la respuesta debe ser positiva, de forma que, si la entidad participada hubiera percibido dividendos deducibles en su pagador, ello debería tener consecuencias negativas para la aplicación de la exención en el contribuyente español.

Sin embargo, esta opinión debería matizarse, en el caso de que el propio país de la entidad directamente participada no hubiera admitido la exención de estos dividendos en aplicación de los criterios de la Acción 2 de BEPS y los mismos, por tanto, pudieran soportar doble imposición económica al distribirse al contribuyente residente en España. Podría pensarse, acertadamente, que esta situación se resolvería con la interpretación sistemática del artículo 21 que defendía LÓPEZ POMBO³³⁵, que permitía aplicar a estos supuestos la cláusula de escape del último párrafo del apartado a), pero no sería éste el caso con la cláusula de tributación comparable del párrafo quinto del apartado b) (la cláusula para holdings con una sola entidad participada), que no contienen referencia alguna al apartado a). Se trata, pues, de una cuestión que debía haberse resuelto de forma expresa, quizá dedicando una letra específica a esta regla dentro del apartado 1 de este artículo 21.

³³⁵ Cfr. LÓPEZ POMBO, D. *Corrección de la Doble Imposición... op. cit.*, pág. 435.

6. Consideraciones finales

Antes de concluir con este capítulo, y a modo de resumen, queremos recuperar las conclusiones alcanzadas en relación tanto con el requisito de participación mínima y de tributación comparable.

En relación con el primero de ellos, la actual redacción legal necesita de diversas mejoras y modificaciones que eviten la inseguridad jurídica actual. En particular:

- La extensión al artículo 21 del requisito de participación cuantitativa mínima de 20 millones de euros constituía un acierto por cuanto permitía eliminar la doble imposición económica en inversiones cuantitativamente importantes en las que, por la cifra de fondos propios de la entidad participada era complicado alcanzar el porcentaje mínimo del cinco por ciento.

Siendo cierto, no obstante, que su regulación no había sido totalmente correcta por cuanto el legislador no definió si por valor de adquisición debía tomarse la magnitud contable o la fiscal, no creemos que su supresión por la LPGE 2021 siga un camino correcto en la eliminación de la doble imposición económica de contribuyentes que, por otra parte, han invertido una cantidad importante de dinero y tienen un interés real en la actividad desarrollada por la entidad filial. Y ello por mucho que la regla todavía siga vigente para aquellas participaciones adquiridas antes del 1 de enero de 2021 y con respecto a los dividendos percibidos en los periodos impositivos que se inicien en los años 2021 a 2025.

- La norma de cumplimiento *a posteriori* del plazo de participación resulta congruente tanto con las exigencias del Derecho de la Unión Europea como con la realidad de las inversiones internacionales. No obstante, desde su primera introducción en el ordenamiento español, ya en la LIS de 1995, presenta un defecto técnico al no concretar que la exención se pueda aplicar *ab initio*. Esto debería corregirse estableciendo esta posibilidad.
- *De lege ferenda*, la regla de participación mínima debería computarse incluyendo también las participaciones controladas, directa o indirectamente, por otras sociedades del mismo grupo de sociedades, de forma similar a lo que ya ocurre con respecto al periodo mínimo de participación.
- La regla del 70 por ciento del tercer párrafo del artículo 21.1 a) debería derogarse. En primer lugar, porque es contraria al Derecho de la Unión Europea (la Directiva matriz-filial) pero, además, porque su regulación puede resultar en supuestos de doble imposición económica no queridos. Si el legislador desea controlar situaciones abusivas de interposición de sociedades vacías, lo más adecuado sería utilizar los mecanismos anti-abuso específicos existentes en la Ley General Tributaria y no diseñar otros que provocan resultados disonantes en el método de exención.

En defecto de una derogación expresa, la norma debería sufrir una profunda modificación para regular de forma adecuada diversos aspectos, como el valor de adquisición mínimo indirecto o la no aplicación de la

norma en caso de existencia de motivos económicos válidos.

- En todo caso, la regla de exención *parcial* del antepenúltimo párrafo del apartado b) de este artículo 21 no debe interpretarse en contraposición con la regla del 70 por ciento citada. La intención inicial del legislador era que esta norma actuara como norma anti-abuso del apartado b) exclusivamente, sin que se entienda la necesidad de la introducción de la doble referencia a entidades residentes.

A la vista de todo lo anterior, no podemos sino coincidir con SANZ GADEA cuando apuntaba, como hemos señalado, que la introducción de un porcentaje mínimo de participación es responsable de gran parte de la indudable complejidad de este precepto, aparte de que, en nuestra opinión, consagra situaciones de doble imposición económica que no deberían permitirse en un sistema fiscal moderno. Abogamos, pues, por la eliminación de este requisito porcentual, que, por otra parte, no ha sido siempre necesario para mitigar la doble imposición económica ni en las redacciones del IRPF entre 1998 y 2015, ni en el TRLIS en lo relativo a la doble imposición interna.

También puede mejorarse técnicamente la norma de exclusión de los dividendos que generen un gasto fiscalmente deducible en su pagador. En primer lugar, porque las desimposiciones pueden tener lugar no sólo vía gastos deducibles, sino también vía otros mecanismos como bonificaciones o créditos fiscales. Este extremo debería ser corregido.

En segundo lugar, porque aun siendo loable la intención del legislador, lo cierto es que se aprecia una cierta premura

en la introducción de una regla de estas características, como respuesta tanto a las Directivas de la Unión Europea como a un Proyecto de la OCDE, como el Proyecto BEPS que tiene tantos matices y excepciones en sus documentos finales, que no han sido incorporados en la redacción legal de esta exclusión y que pueden dar lugar a una intromisión de la normativa fiscal española en la soberanía tributaria de otros países, y en la anulación en España de los incentivos concedidos por esos países, normalmente con fines extrafiscales.

En el caso concreto de los "*juros sobre o capital propio*" los mismos no deberían caer haber recibido la atención de esta norma, por varias razones, incluida una de tal importancia como que la Acción 2 del Proyecto BEPS es aplicable únicamente a Híbridos Contractuales, pero no a Institucionales, como son los JSCP. Sin embargo, de acuerdo con la estricta redacción legal, creemos que sería muy complicado defender la exención de estas rentas desde la perspectiva meramente interna (no así desde la perspectiva del convenio de doble imposición con Brasil).

Y, por último, porque, de forma sorprendente en un artículo de la Ley tan detallado y con tanto interés por regular las participaciones indirectas, la redacción de esta regla no ha tenido en cuenta precisamente los posibles efectos de la deducibilidad en entidades indirectamente participadas ni la eliminación de la doble imposición que podría surgir si el Estado de la entidad holding intermedia también restringiera la exención sobre los dividendos deducibles directamente recibidos de su filial.

En lo relativo al requisito de tributación comparable, como hemos visto, la normativa vigente adopta un esquema dual,

con dos reglas alternativas entre sí (la tributación comparable o la tributación mínima), que no estaban en la mente de los autores intelectuales del Anteproyecto de Ley.

Los mismos habían decidido prescindir del criterio de comparabilidad basado en la existencia del convenio de doble imposición, una regla tan objetiva como discutible por permitir la aplicación de la exención en supuestos en los que la entidad participada no había soportado tributación de forma real. En su lugar se optaba inicialmente por adoptar el criterio de la tributación mínima de la recomendación nº 43 de la Comisión Lagares, que reservaba el método de exención para inversiones en países con un tipo nominal del 10%, y eliminaba la doble imposición del resto de inversiones a través del método de imputación del impuesto subyacente (actual artículo 32 de la LIS), que como ya hemos visto garantizaba la aplicación de un tipo nominal mínimo del 25%.

Sin embargo, las alegaciones recibidas en el trámite de audiencia e información pública del Anteproyecto hicieron replantearse al legislador el texto del Proyecto definitivo y reintroducir el enfoque de comparabilidad vía la existencia de un convenio de doble imposición que finalmente se promulgó como Ley, resultando en el mencionado sistema dual.

Cabe plantearse si esa dualidad aporta algo a la norma o se debe a algún otro factor desconocido. Si se analizan tanto la red de convenios de doble imposición españoles como los tipos nominales del Impuesto sobre Sociedades de nuestras contrapartes con la información pública disponible³³⁶, se puede apreciar que de los 97 convenios actualmente en vigor,

³³⁶ En nuestro caso, precedente de <https://home.kpmg/xx/en/home/services/tax/tax-tools-and-resources/tax-rates-online/corporate-tax-rates-table.html>

solo Emiratos Árabes Unidos tenía en 2014 un tipo nominal inferior al 10 por ciento (excepto para actividades relacionadas con el petróleo, cuyo tipo nominal es del 55%). Desde entonces, de acuerdo con dicha información pública, se han añadido a esta lista Hungría (9%) y Uzbekistán (7,5%), si bien Hungría, como hemos comentado, deberíamos ignorarla a estos efectos por ser un Estado Miembro de la Unión Europea.

En conclusión, de toda la lista española de países convenidos, si se eliminara la comparabilidad vía convenio, solo se verían afectadas las inversiones en Uzbekistán y Emiratos Árabes Unidos, países en los que de acuerdo con la información pública de la Secretaría de Estado de Comercio, del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo³³⁷, los flujos de inversión bruta no ETVE históricos no llegan al 0,01% (Uzbekistán) o al 0,025% (Emiratos Árabes Unidos) del total de los flujos de inversión bruta no ETVE en el extranjero, en el periodo de 1993 a septiembre de 2020. No parece realmente que la supresión de la comparabilidad vía convenio fuera a suponer un grave perjuicio para la inversión española en el extranjero.

La razón por la que el legislador decidió mantener el enfoque de comparabilidad con preeminencia además sobre el enfoque de tributación mínima debe, pues, encontrarse en algún otro lugar. En nuestra opinión, podrían encontrarse tres posibles finalidades. Una primera sería evitar la desconexión del método de exención respecto de los convenios de doble imposición, de forma que nadie pudiera alegar que el método de exención era un método subsidiario respecto a los métodos de eliminación de la doble imposición de la ley interna.

³³⁷ Disponible en http://datainvex.comercio.es/principal_invex.aspx

Sobre esta cuestión volveremos más adelante en el epígrafe 3 del Capítulo IV.

Una segunda posibilidad, más aventurada, es que el legislador tomara una decisión de política hacendística y adoptara el principio de neutralidad en la importación de capitales con todas sus consecuencias, permitiendo conscientemente que no exista tributación efectiva en ciertos casos en el Estado de la fuente³³⁸.

Existía también una tercera justificación para la implantación de este sistema dual, que, en nuestra opinión, jugó un papel más importante: evitar la discrecionalidad de los órganos de aplicación y comprobación de los tributos y la consiguiente inseguridad jurídica del contribuyente español al realizar inversiones en países o territorios con impuestos con una estructura no equivalente al IS español, facilitando al mismo tiempo la aplicación de la exención. En el fondo, el contribuyente español que presentó alegaciones en 2014 para recuperar el enfoque de comparabilidad vía convenio de doble imposición tenía todavía muy presente la situación de inseguridad jurídica que había imperado hasta 2003 y quería evitar los conflictos que podrían surgir en una eventual inspección al tener que demostrar una cuestión de Derecho extranjero y su aplicabilidad al caso concreto.

En este sentido, disponer de la red de seguridad de la existencia de convenios de doble imposición era la mejor forma de introducir seguridad jurídica en la inversión en el extranjero³³⁹. De esta forma se facilitaba directamente la

³³⁸ En apoyo de esta argumentación se encontraría, por ejemplo, el hecho de que el título del artículo 21 de la LIS no contiene ninguna referencia a la eliminación de la doble imposición económica, por primera vez desde la introducción del método de exención en su modalidad moderna en 1996.

³³⁹ De acuerdo con la información pública de la Secretaría de Estado de Comercio antes mencionada, el 99% de los flujos de inversión bruta no

acreditación de la comparabilidad del impuesto extranjero, por lo que el legislador decidió combinar ambas soluciones manteniendo la recomendación de la Comisión Lagares, exigiendo una tributación mínima que cumpla con los fundamentos de la eliminación de la doble imposición (y manteniendo la posibilidad de eliminar la doble imposición vía la deducción del artículo 32 de la LIS).

Sea cual fuera la razón, la solución adoptada es, sin duda, la que mejor respeta la seguridad jurídica y se alinea con los criterios de la Ley desde 2004, pero no cabe duda de que permite la aplicación de la exención en supuestos en los que no habido tributación efectiva en países convenidos, resultando en posibles desimposiciones totales de una renta. Una posible solución habría sido la reformulación de la regla definitoria de comparabilidad, de forma que la misma, tras referirse a la existencia de convenios matizara de alguna forma la necesidad de imposición concreta (una tesis ya avanzada por SANZ GADEA, como decíamos³⁴⁰). Con todo, es

ETVE en el citado periodo de 1993 a septiembre de 2020 se ha agrupado en torno a 59 países o territorios de los cuales no existe convenio de doble imposición en vigor solo con 6 de ellos: Perú, Islas Caimán, Islas Virgenes Británicas, Guatemala, Bermudas y Libia. Esto es, el grueso de la inversión española en el extranjero se realiza en 53 países con los que existe un convenio de doble imposición y del resto, tanto Perú (29,50% de tipo nominal), como Libia (20%) o Guatemala (25% de tipo nominal y analizado en la consulta V0256-16, de 25 de enero) podrían cualificar como países con una tributación comparable a la española.

³⁴⁰ Una solución similar a ésta ha sido la implementada por las tres Diputaciones Forales vascas. El artículo 33 de sus normas forales del Impuesto sobre Sociedades presentaba tradicionalmente una estructura similar a la del IS de territorio común, con la salvedad de que el requisito de la tributación mínima del 10 por 100 se hallaba en un apartado distinto (el 3) y señalaba expresamente que no era necesaria dicha tributación mínima cuando la entidad participada residía en un país con el que existiera un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información. En 2018, las tres normas forales fueron modificadas para eliminar esta excepción, de forma que, en estos territorios, ahora la regla general es la tributación mínima, por encima de la comparabilidad. El análisis de estas cuestiones excede del ámbito de nuestro trabajo, que se centra en la normativa de territorio común, pero no debemos olvidar que la normativa foral vasca presenta una estructura mucho más similar a la del antiguo TRLIS, y exige expresamente que los dividendos procedan de la realización de actividades

probable que esta solución resultara en la misma discrecionalidad administrativa que el legislador trató de evitar en 2014. Era, pues, un peaje, inspirado, si se nos permite, en una especie de principio de mínima intervención del sistema tributario o principio de practicabilidad, que se paga para promover la internacionalización de las empresas españolas, pero que no olvidemos que surgirá únicamente cuando se produzca una repatriación de las rentas a España, rentas que presuntamente crearán riqueza en nuestro país que compensará, siquiera parcialmente, ese defecto de imposición.

En nuestra opinión, esta problemática puede resolverse de aprobarse en sus actuales términos el Proyecto de Ley contra el fraude fiscal, que prevé la posibilidad de que un Estado con el que exista convenio de doble imposición en vigor pueda ser considerado como jurisdicción no cooperativa y por tanto los dividendos de las entidades allí residentes no sean aptos para la exención del artículo 21 de la LIS, pero ello ocurrirá tan solo si la administración española incluye en la nueva lista de jurisdicciones no cooperativas no ya solo países o territorios, sino también regímenes fiscales específicos. De ser así, ello resolvería definitivamente la cuestión, introduciendo seguridad jurídica en esta materia.

Por lo que se refiere a la redacción del requisito de tributación comparable en sí, la misma ha sido siempre mejorable y ha dado lugar a diversas dudas y cuestiones, que no han sido resueltas a nivel legislativo, sino por la doctrina administrativa, con una labor que, en nuestra

empresariales al menos en un 85 por 100, lo que ya de por sí restringe mucho más la aplicación de la exención. Así pues, cambiar el orden de preeminencia hacia la tributación mínima sería coherente con el enfoque restrictivo adoptado, distinto al que eligió el legislador de territorio común en 2014.

opinión, excede del ámbito de sus competencias y que debería haberse realizado a través de la fijación de criterios definitorios en la normativa tributaria.

En este sentido, una redacción nueva de este requisito debería girar en torno a los siguientes ejes:

- En primer lugar, la regla debería exigirse de los dividendos procedentes de entidades participadas directa o indirectamente, incluyendo, en su caso, también las rentas obtenidas indirectamente a través de establecimientos permanentes en terceros Estados de las entidades directamente participadas.
- La sujeción y no exención debería reclamarse respecto de tributos extranjeros idénticos o análogos y no de impuestos.
- Debería establecerse de forma expresa, que el concepto de impuesto idéntico o análogo se define por referencia a la mera existencia de un convenio de doble imposición con el país de residencia de la entidad participada (o del establecimiento permanente en cuestión en caso de obtención de rentas indirectas a través de éste), sin que se vea influido por el tratamiento que el convenio otorgue a la entidad española.
- La demostración de la residencia en un país o territorio de estas características debería admitirse por cualquier medio de prueba válidamente admitido en Derecho y no necesariamente mediante la obtención de un certificado de residencia a efectos de un convenio de doble imposición.

- En defecto de la existencia de un convenio de doble imposición, debería poder cumplirse con este requisito previa demostración por el contribuyente, por cualquier medio válidamente admitido en Derecho, de que la entidad participada, directa o indirectamente está sujeta y no exenta a un impuesto sobre la renta con un tipo nominal mínimo.

Sin embargo, ese tipo nominal mínimo no debería ser de aplicación a filiales residentes en la Unión Europea, cuyos impuestos deberían ser considerados idénticos o análogos al IS español por definición. La redacción actual corre el riesgo de considerar el impuesto húngaro (y potencialmente el de algún otro Estado europeo en un futuro) como no idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades español incurriendo en una discriminación con respecto a las sociedades españolas que se benefician del régimen especial de la Zona Especial Canaria, cuyos dividendos sí pueden quedar exentos a pesar de haber soportado un impuesto con un tipo nominal del 4%.

- El eventual desarrollo normativo debería servir para regular de forma correcta la exención en los casos en los que no exista un convenio de doble imposición aplicable, definiendo bien los conceptos de sujeción y no exención (en especial en relación con vacaciones fiscales y exenciones totales), impuesto sobre la renta (en especial en lo relativo a los impuestos territoriales), y el tipo de gravamen nominal en impuestos que solo aplican indirectamente sobre la renta.

- En relación con la regulación de la norma anti paraísos fiscales, debería eliminarse la mención legal que exige que los dividendos procedentes de Estados miembros de la UE que puedan tener esta consideración hayan sido satisfechos por sociedades constituidas por motivos económicos válidos y que realicen actividades económicas, introducida originariamente en 2008 para evitar problemas con Chipre. Y ello, tanto por carecer de un objeto específico hoy día en que la lista de paraísos fiscales no contiene ningún país o territorio sito en la UE, como porque su redacción sigue siendo contraria al Derecho europeo al no tener en cuenta la discriminación de los dividendos que se produciría en comparación con los dividendos de las denominadas "sociedades patrimoniales" del artículo 5 de la LIS, entidades cuyos dividendos también podrían proceder de actividades distintas a las económicas y no tienen restricción alguna.

Finalmente, esta norma debería completarse para incluir una regla específica sobre el seguimiento de las reservas para aquellos casos de entidades participadas residentes en paraísos fiscales solo en algunos años, pero que distribuyan dividendos que proceden de reservas de aquellos años.

CAPÍTULO IV. OTRAS CUESTIONES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL MÉTODO DE EXENCIÓN A LAS RENTAS DE FUENTE EXTRANJERA

1. Consideraciones previas

Una vez analizada la forma en que el legislador ha optado por incorporar el método de exención de los dividendos en el artículo 21.1 de la LIS, nos queda pendiente examinar la relación del método de exención con los convenios de doble imposición y con las demás normas de la LIS para evitar la doble imposición internacional, así como el impacto de esta norma en otras cuestiones propias de la mecánica del impuesto.

En particular, siendo el Impuesto sobre Sociedades un tributo que pretende gravar las rentas de actividades económicas, resulta muy llamativa la desconexión de la nueva norma con el origen empresarial de la renta, cuestión que abordaremos desde la perspectiva de la obtención de rentas pasivas y la relación (o falta de ella) de la exención con la transparencia fiscal internacional.

Asimismo, también debemos atender a otras cuestiones no menores como la cuantificación de la exención en sí misma, especialmente a la luz de la reciente reforma en la LPGE 2021, la coordinación con el régimen de atribución de rentas o el pago fraccionado mínimo así como con los diversos regímenes especiales del Impuesto, tanto los previstos en el Título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, como el de Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado

Inmobiliario ("SOCIMIs") presente en la Ley 11/2009, de 26 de octubre.

Estas cuestiones se analizan en este capítulo dado que por su contenido tenían difícil encaje, desde un punto de vista sistemático, en la temática de los capítulos anteriores. Por eso hemos considerado necesario recogerlas en un capítulo separado.

2. La cuantificación de la renta exenta

2.1. La determinación de la base de la exención

La primera cuestión técnica que se plantea en torno al método de exención (en las dos modalidades, modificada y pura, utilizadas por la normativa del Impuesto sobre Sociedades desde 1996) es precisamente cuál es la base sobre la que se aplica la misma. O, por decirlo de otro modo, si en aquellos casos en los que los dividendos habían soportado tributación en la fuente, la base de la exención (o de la deducción en cuota bajo el método de exención modificada) debe ser el importe íntegro recibido (ignorando los impuestos extranjeros retenidos en la fuente) o su importe líquido (reducido en cualesquiera impuestos extranjeros soportados).

Esta cuestión ya se la plantearon MARTÍN JIMÉNEZ³⁴¹ y GONZALO PECES³⁴² en relación con la normativa en vigor durante el TRLIS, pero que a estos efectos no debería ser diferente de la de la LIS, ni siquiera bajo la nueva regulación del artículo 21 prevista en la LPGE 2021 que, como comentaremos en el epígrafe siguiente, integra un 5 por ciento de su

³⁴¹ Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Oportunidades de planificación fiscal...* op. cit., pág. 13.

³⁴² GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar...* op. cit., pág. 618.

importe en la base imponible. Estos autores señalaban que el ajuste negativo debía practicarse sobre el importe íntegro de la renta ya que la norma no preveía que la renta obtenida debiera minorarse en los gastos directa e indirectamente relacionados con la obtención de la misma, excepción hecha, obviamente, de la limitación introducida en el artículo 21.4 del TRLIS para la deducción de los gastos contables por depreciación de las participaciones³⁴³.

En la actualidad, bajo el régimen de la LIS de 2014 la norma tampoco concreta si la cuantía a eximir debe reducirse en el importe de los impuestos extranjeros. Por tanto, dado que la norma fiscal no introduce ningún matiz, por aplicación del artículo 10.3 de la LIS debemos partir del tratamiento contable de estas rentas o lo que es lo mismo a efectos prácticos, atender al tratamiento fiscal a dar a los impuestos retenidos en el extranjero.

En este sentido, es indudable que en un escenario en el que se haya percibido un dividendo íntegro de 100 um, con una retención en el extranjero de 10 um, contablemente, el receptor del dividendo se registrará un Ingreso Financiero (subgrupo 760) en el Haber, por el importe íntegro del dividendo recibido (100 um) y una entrada en Tesorería (subgrupo 47) por el importe líquido efectivamente percibido

³⁴³ Aunque no es el objeto de este trabajo analizar la evolución de las dotaciones a provisiones por depreciación de cartera, tema de compleja aplicación práctica, hay que señalar que todas las redacciones de los artículos 20 bis, 21, 30 bis y 130 de las diversas normativas del Impuesto sobre Sociedades en vigor de 1996 a 2013 contenían normas que consideraban no deducibles los gastos contables surgidos como consecuencia de depreciaciones de la participación en la filial no residente. Esta situación cambia a partir de la Ley 16/2013, de 29 de octubre, que derogó la denominada "provisión de cartera" del artículo 12.3 del TRLIS. En opinión de MARTÍN JIMÉNEZ, que recoge también opiniones de otros autores en este mismo sentido, la no deducibilidad debía restringirse a los supuestos en los que la depreciación hubiera surgido como consecuencia precisamente de la distribución de los dividendos, pero no en otros casos. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Oportunidades de planificación fiscal... op. cit.*, pág. 14.

(90 um) en el Debe. La cuestión es la contrapartida que deberá registrarse en el Debe del asiento contable (correspondiente a las 10 um de impuesto extranjero) para terminar de cuadrar el asiento y que, de acuerdo con la técnica contable, podría ser un activo (p.e. una cuenta por cobrar contra la propia Hacienda Pública española) o un gasto.

Esta cuestión encuentra su solución en la Resolución de 9 de febrero de 2016, del ICAC³⁴⁴, que tiene por objeto el desarrollo de las normas de registro, valoración y elaboración de las cuentas anuales para la contabilización del Impuesto sobre Beneficios, y, en concreto, su artículo 12, cuyo apartado 1 se pronuncia en los siguientes términos:

"1. Los gastos devengados por impuestos sobre beneficios en regímenes fiscales extranjeros que tengan la misma naturaleza que el impuesto sobre sociedades español, teniendo en cuenta en todo caso los «convenios sobre doble imposición», se registrarán de igual manera que el gasto devengado por impuesto sobre sociedades en España."

Esto es, los impuestos soportados en el extranjero por razón de un impuesto de la misma naturaleza que el IS español o por un convenio de doble imposición (únicos casos en que habría acceso a la exención, recordemos) deberán contabilizarse en una cuenta de gastos del subgrupo 630 (concretamente, según esta resolución, la 635 Impuestos sobre Beneficios Extranjeros). Siendo así, si contablemente reciben el mismo trato que el gasto por el Impuesto sobre Sociedades español, y se corresponden con un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades español, deberán recibir también el mismo tratamiento fiscal

³⁴⁴ Vid. BOE núm. 40 de 16 de febrero de 2016.

previsto para éste en el artículo 15 b) de la LIS de 2014, esto es, no serán fiscalmente deducibles.

Esta no deducibilidad del impuesto sobre beneficios extranjero es la que nos da la respuesta sobre cuál debe ser la base del dividendo exento: el importe íntegro contabilizado en el subgrupo 760, ya que, de no actuar así, se estaría duplicando la no deducibilidad del impuesto extranjero: una primera vez por formar parte del Subgrupo 630 que de por sí es un gasto no deducible y otra vez, precisamente, si se redujera la cantidad exenta en ese mismo importe. En consecuencia, la técnica liquidatoria correcta consistiría, siguiendo con el ejemplo anterior, en un ajuste positivo por las 10 um retenidas en el extranjero y otro negativo por las 100 um contabilizadas en el subgrupo 760³⁴⁵.

2.2. El porcentaje de exención

Desde 1996, año en el que como señalábamos en el Capítulo I de esta obra, el legislador introdujo el método de exención en su versión moderna en nuestra Ley del Impuesto sobre Sociedades, la exención ha venido aplicándose siempre sobre el 100 por 100 del dividendo de fuente extranjera percibido por el contribuyente.

No obstante, esta situación ha cambiado con la promulgación de la LPGE 2021, de forma que, con efectos para los periodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2021 y no concluidos a la fecha de entrada en vigor de dicha Ley, se

³⁴⁵ Alternativamente, si el contribuyente hubiera (incorrectamente desde el punto de vista fiscal) tratado el gasto de la cuenta 635 como fiscalmente deducible, entonces el ajuste debería practicarse solo sobre el importe líquido del dividendo.

introducen dos nuevos apartados en el artículo 21, con números 10 y 11.

El apartado 10 contiene la regla general, de integración en la base imponible de un 5 por ciento del dividendo en concepto de gastos de gestión:

"10. El importe de los dividendos o participaciones en beneficios de entidades (...) a los que resulte de aplicación la exención prevista en este artículo, se reducirá, a efectos de la aplicación de dicha exención, en un 5 por ciento en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones."³⁴⁶

Sin embargo, la redacción de este apartado es técnicamente poco precisa y plantea diversas cuestiones de importancia, empezando por el propio porcentaje de exención, sus relaciones con otros preceptos de la LIS e incluso desde la óptica de su ajuste constitucional y con el Derecho de la UE.

Analizaremos todas estas cuestiones por separado a continuación, para concluir con el análisis del complicado régimen excepcional introducido en el apartado 11 de la

³⁴⁶ La nueva regla de este apartado 10 se complementa con tres ajustes técnicos a otras tantas normas del Impuesto: (i) el método de imputación del impuesto subyacente (artículo 32 de la LIS) que también se reduce en un 5 por ciento; (ii) el régimen de consolidación fiscal (artículo 64 de la LIS), en el que se señala que los 5 por ciento integrados en la base imponible individual de la sociedad receptora del dividendo no podrán ser objeto de eliminación al formar la base imponible del grupo fiscal y, (iii) la transparencia fiscal internacional (artículo 100.10 de la LIS). Llama la atención, en cambio, que al revés de lo que ocurría en el Proyecto de Ley de presupuestos generales del Estado para 2019 que finalmente fue rechazado en las Cortes³⁴⁶, esta regla del 5 por ciento no se extienda a las rentas percibidas a través de un establecimiento permanente en el extranjero. Sobre todas estas cuestiones volveremos en breve.

norma, que ya anticipamos tendrá con probabilidad un reducido alcance práctico.

2.2.1. El porcentaje concreto de exención

La primera cuestión que surge a la vista de la redacción del apartado 10 es el porcentaje concreto de la exención. Inicialmente, parece entenderse, tanto por la inclusión de un nuevo apartado 10 en el artículo 21 como por su tenor literal, que su objeto es reducir el importe de la exención en un 5 por ciento, de forma que únicamente quede exento el 95 por ciento restante.

Así se desprende por ejemplo de la referencia del Consejo de Ministros de 27 de octubre de 2020 que aprobó la remisión del Proyecto de LPGE 2021 a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria, en la que se señala que:

"Los Presupuestos incorporan en el Impuesto sobre Sociedades reducir la exención del 100% al 95% por las plusvalías y dividendos generados por filiales en el exterior."

Aunque también lo dice así, resulta menos claro, no obstante, el Preámbulo de la LPGE 2021:

"En el Impuesto sobre Sociedades se modifica el precepto que regula la exención sobre dividendos (...) de entidades residentes y no residentes en territorio español para prever que los gastos de gestión referidos a tales participaciones no sean deducibles del beneficio imponible del contribuyente, fijándose que su cuantía sea del 5 por ciento del dividendo o renta positiva obtenida, de forma que el importe que resultará exento será del 95 por ciento de dicho dividendo o renta."

Como puede advertirse, de acuerdo con la frase final del párrafo anterior, parece que el importe exento es el 95 por ciento del dividendo. Sin embargo, previamente se hace alusión a que los gastos de gestión "no sean deducibles del beneficio imponible del contribuyente", expresión que no se contiene en el nuevo apartado 10 del artículo 21 de la LIS, pero que, como veremos, se corresponde de forma casi literal con la expresión contenida en el artículo 4.3 de la Directiva matriz-filial³⁴⁷.

En nuestra opinión, esa no deducibilidad de la base imponible solo podría lograrse, técnicamente, mediante un ajuste propio del importe de estos gastos (que la Ley cuantifica a tanto alzado en un 5 por ciento del importe de los dividendos) lo que, consiguientemente, conllevaría que se hubiera producido una exención del 100 por 100 de los dividendos.

Determinar si la nueva norma es realmente una reducción de la exención al 95 por ciento o si la exención permanece en el 100 por 100 del dividendo, pero acompañada de una regla especial de no deducibilidad de gastos cuantificados en un 5 por ciento del importe de los dividendos, puede parecer

³⁴⁷ La dicción literal de este precepto, sobre la que volveremos en breve, dice así:

"3. Todo Estado miembro conservará la facultad de prever que los gastos que se refieren a la participación y las minusvalías derivadas de la distribución de los beneficios de la sociedad filial no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz.

Si, en dicho caso, los gastos de gestión referidos a la participación quedasen fijados a tanto alzado, la cuantía a tanto alzado no podrá exceder un 5 % de los beneficios distribuidos por la sociedad filial."

indiferente desde el punto de vista económico, pero no es una cuestión baladí, por varias razones.

En primer lugar, porque desde el punto de vista jurídico no es lo mismo modificar una exención que la base imponible. En este sentido, recordemos que la LPGE no tiene competencia plena para modificar la LIS, sino que de acuerdo con el artículo 134.7 de la Constitución solo puede modificar las Leyes sustantivas de los tributos cuando las mismas así lo prevean³⁴⁸. En el caso de la LIS, la autorización se concede en su Disposición final novena, en términos que, entre otras materias, permiten a la LPGE "modificar las exenciones" (apartado c), pero no se incluye ninguna referencia a la modificación de la base imponible³⁴⁹.

En otras palabras, la LPGE sí sería una norma competente para una posible modificación de la exención del artículo 21 de la LIS (por ejemplo, reduciéndola al 95 por ciento), pero no para introducir modificaciones a la base imponible del IS vía la limitación de gastos fiscalmente deducibles.

³⁴⁸ No es nuestra intención abordar en este trabajo un análisis de los límites constitucionales de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, cuestión que excedería del ámbito de nuestro estudio. Como resumen de la evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional en esta cuestión y de las perspectivas que se abrieron tras el abandono por el legislador de la dudosa práctica de las Leyes de Acompañamiento, recomendamos la lectura de MORENO GONZÁLEZ, S., *De nuevo sobre el contenido constitucionalmente admisible de la Ley de Presupuestos Generales del Estado: ¿una vuelta a los orígenes?*. Revista de Información Fiscal, n° 71, 2005, págs. 11 y ss.

³⁴⁹ Podría alegarse también que el apartado d) de la citada Disposición final novena permite "Introducir y modificar las normas precisas para cumplir las obligaciones derivadas del Tratado de la Unión Europea y del derecho que de este se derive" y que, como comentaremos a continuación, la nueva norma es transposición del artículo 4.3 de la Directiva matriz-filial. Sin embargo, no creemos que este apartado d) sea de aplicación en este caso, puesto que el mismo debe entenderse referido a la transposición de nuevas normas obligatorias para el Reino de España, y no a la incorporación al ordenamiento español de facultades normativas (como es el artículo 4.3 de la citada Directiva) casi treinta años después de su primera transposición.

Y, en segundo lugar, porque el importe de los dividendos exentos (esto es, el 95 o 100 por 100) sirve como parámetro de referencia para la aplicación de otras normas del IS, cuyo análisis específico excede del ámbito de este trabajo³⁵⁰.

La respuesta, en nuestra opinión, debe encontrarse un poco más adelante en el propio Preámbulo de la Ley. Como no puede ser de otra forma, dada la vinculación del artículo 21 de la LIS con la Directiva matriz-filial que requiere que la exención sea del 100 por 100 de las rentas (cuestión sobre la que volveremos en el epígrafe 8.2. de este mismo Capítulo), el Preámbulo justifica la adopción de esta nueva medida con las siguientes palabras:

"Esta regulación es conforme con la facultad que, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre, de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, conservan los Estados miembros para prever que los gastos de gestión referidos a la participación en la entidad filial no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz, pudiendo fijarse a tanto alzado sin que, en este caso, su cuantía pueda exceder del 5 por ciento de los beneficios distribuidos por la sociedad filial."

Y es que, efectivamente, la redacción del artículo 4.3 de la Directiva matriz-filial, referido a ciertos gastos incurridos por la entidad socia, admite que los Estados

³⁵⁰ Es el caso, por ejemplo, del cálculo del beneficio operativo a efectos de la limitación a la deducibilidad de gastos financieros del artículo 16 de la LIS, la regla de no sujeción de los dividendos distribuidos a (o las plusvalías obtenidas por) socios no residentes del artículo 108 de la LIS o, como veremos más adelante, la imputación de rentas en el régimen de transparencia fiscal internacional del artículo 100 de la LIS.

Miembros de la UE puedan limitar su deducibilidad en términos prácticamente idénticos a los mencionados en el Preámbulo:

"3. Todo Estado miembro conservará la facultad de prever que los gastos que se refieren a la participación (...) no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz.

Si, en dicho caso, los gastos de gestión referidos a la participación quedasen fijados a tanto alzado, la cuantía a tanto alzado no podrá exceder un 5 % de los beneficios distribuidos por la sociedad filial."

En otras palabras, el legislador admite que la incorporación de esta regla a la LIS es consecuencia del ejercicio de la facultad del artículo 4.3 de la Directiva. Dado que este artículo es una regla sobre deducibilidad de gastos, la referencia a la facultad concedida por la Directiva implica una admisión expresa de esta cuestión e, indirectamente, que la LPGE está vulnerando las reglas establecidas en el artículo 134.7 de la Constitución y la Disposición final novena de la LIS.

Podría argumentarse, no obstante, que la regla del artículo 21.10 no es una regla de no deducibilidad general de gastos dado que su aplicación requiere que se hayan obtenido dividendos exentos. O, en otras palabras, si no se han obtenido dividendos, los gastos de gestión sí son deducibles, por lo que no se puede concluir que la nueva norma haya modificado la deducibilidad de los mismos. Bajo este enfoque estaríamos en presencia de una limitación forfaitaria de una exención, independiente de la existencia de gastos de gestión reales.

Sin embargo, no nos parece que éste sea un enfoque correcto dado que ignora precisamente que el artículo 4.3 de la Directiva permite a los Estados miembros adoptar dos alternativas distintas en relación a la deducibilidad de los gastos de gestión:

- En el párrafo primero, se permite regular la no deducibilidad de los gastos de gestión específicos, haya o no dividendos. De esta forma, bajo este párrafo los gastos de gestión de la participación no serían deducibles nunca, aunque no se hubieran obtenido dividendos; y
- En el párrafo segundo se permite fijar una cuantía de los gastos específicos por referencia a los dividendos obtenidos, lo que exige por definición que se hayan percibido estos. Por tanto, bajo este párrafo los gastos de gestión de la participación serán no deducibles únicamente cuando se hayan obtenido dividendos.

En otras palabras, el legislador europeo ha concedido dos opciones al legislador nacional, una de no deducibilidad total de gastos y otra de no deducibilidad solo en ciertos casos, de las cuales el legislador español ha optado por la segunda de ellas. Ambas son, pues, reglas de no deducibilidad de gastos.

Así pues, la regulación de esta cuestión a través de una Ley de Presupuestos Generales constituye, en nuestra opinión, de un importante defecto que sería no obstante subsanable si el nuevo apartado 10 se incluyera posteriormente en una Ley ordinaria³⁵¹.

³⁵¹ Como ya destacaba en 2005 MORENO GONZÁLEZ, el legislador continúa con la práctica de utilizar la Ley de Presupuestos Generales del Estado para implementar verdaderas leyes *ómnibus* al final del ejercicio "por lo que pueden trasladarse a esta práctica legislativa las objeciones formuladas

2.2.2. La incompatibilidad con el Derecho de la UE

Además del problema de encaje con el artículo 134.7 de la Constitución y la Disposición final novena de la LIS, la nueva redacción del artículo 21.10 de la LIS presenta problemas de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea e incluso no estaría bien articulada con los convenios de doble imposición, si bien por razones de sistemática abordaremos esta cuestión en el epígrafe 3 de este Capítulo.

En relación con el Derecho de la Unión Europea, tres son las cuestiones que nos genera la redacción del artículo 21.10: (i) la compatibilidad de la norma española con la Directiva y, especialmente, con el carácter excepcional de la limitación de los "gastos de gestión"; (ii) el diferente tratamiento de los dividendos frente a las rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes; y (iii) los dividendos obtenidos de participaciones indirectas o dentro de grupos de consolidación fiscal.

En primer lugar, cabría plantearse si la norma española cae realmente dentro del ámbito de aplicación de la regla del citado artículo 4.3. Inicialmente, la conclusión parecería positiva, dado que, como señalábamos, tanto el artículo 4.3 como el artículo 21.10 utilizan una expresión similar: "gastos de gestión referidos a la participación" (en la Directiva) o "gastos de gestión referidos a dichas

en relación con las leyes de acompañamiento, esto es, el desapoderamiento del Parlamento en el ejercicio de su función legislativa y el deterioro del principio de seguridad jurídica". Cfr. De nuevo sobre el contenido constitucionalmente admisible..., op. cit., pág. 48. En este sentido, cabe preguntarse por qué si era tan importante introducir esta modificación en la LIS, el legislador no aprovechó el trámite del Proyecto de Ley contra el fraude fiscal, que se presentó ante las Cortes Generales dos semanas antes que el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado. Sin duda, ello habría resuelto el defecto técnico que nos ocupa.

participaciones" (en la Ley). Por tanto, parece que el legislador se ha acogido a la posibilidad concedida por la Directiva.

No obstante, es necesario recordar que este artículo 4.3 ya ha sido interpretado por el TJUE, por ejemplo, en el caso C-39/16, *Argenta Spaarbank NV*, que versaba sobre la posibilidad de que este precepto amparara la no deducibilidad de intereses en un importe equivalente al 5 por ciento de los dividendos percibidos.

El Tribunal en el párrafo 50 de su sentencia, partía de la base de que el artículo 4.3 es una regla de carácter excepcional, para en el párrafo 51 concluir que:

*"51. En ese contexto es preciso destacar, por una parte, que esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta y no puede, por tanto, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ser objeto de una lectura que vaya más allá de sus propios términos (véanse, en este sentido, las sentencias de 17 de octubre de 1996, *Denkavit y otros*, C-283/94, C-291/94 y C-292/94, EU:C:1996:387, apartado 27, y de 25 de septiembre de 2003, *Océ van der Grinten*, C-58/01, EU:C:2003:495, apartado 86)."*

Por tanto, en nuestra opinión, la norma española será compatible con el artículo 4.3 de la Directiva en la medida en que la misma no vaya más allá de sus propios términos, esto es, en la medida en que la misma se refiera a gastos de gestión reales y no constituya una presunción automática de no deducibilidad de gastos ficticios.

En relación con esta cuestión, además, se plantea otra: ¿qué se debe entender por "gastos de gestión"? Esta es una

pregunta sobre la que ni el preámbulo de la Ley ni la referencia del Consejo de Ministros en que se aprobó la remisión del Proyecto de Ley a las Cortes Generales, ni la tramitación parlamentaria, señalan nada al respecto, más allá de lo ya comentado acerca de la intención de "acercar el tipo efectivo del impuesto al tipo nominal, sobre todo de las grandes empresas".

La respuesta a esta cuestión la apuntó DE HOSSON³⁵², quien en 1990, ante la aprobación de la primera versión de la Directiva, que ya contenía la regla que nos ocupa, señalaba que los mismos eran los denominados "stewardship expenses" o "gastos de administración" en la terminología que por aquel entonces utilizaban las Directrices de Precios de Transferencia de la OCDE y que hoy se denominan "shareholder expenses", esto es, "gastos de accionista", definidos actualmente en el párrafo 7.10 de dichas Directrices. Dicho párrafo incluye entre otros gastos los relativos a la estructura jurídica de la entidad matriz, los informes financieros internos, los costes de financiación de la adquisición de participaciones o relaciones con inversores, los gastos de cumplimiento de las obligaciones fiscales y los gastos de gobernanza interna de la empresa.

Se trata, pues, de gastos que, como advertía DE HOSSON, no son repercutibles a las entidades participadas, por lo que no aceptar su deducción (bien directamente, bien vía la reducción de la exención) supone la creación de doble imposición precisamente por una norma que tenía como objetivo eliminarla³⁵³.

³⁵² Cfr. DE HOSSON, F.C., *The Parent-Subsidiary ... op. cit.*, pág. 432.

³⁵³ Este autor parece achacar el origen de esta norma a la existencia por aquellos años en Francia y Bélgica de normas similares, que suponían la reducción de la exención a un 85 o 90 por ciento (en Bélgica) o a un 95 por ciento (en Francia). *Ibidem*.

Además, como puede advertirse, muchos de estos gastos se generan *per se* y sin necesidad de que exista una participación en otra entidad y algunos de ellos, como los costes de financiación, ya tienen de por sí sus propias limitaciones a la deducibilidad (por ejemplo, en el artículo 16 de la LIS). Por ello, no estaría de más que la normativa del impuesto sobre sociedades introdujera una definición de los gastos cuya generación por parte de una entidad matriz llevarían consigo la reducción de la exención, de forma que, por ejemplo, si no se incurrieran de forma efectiva, no hubiera reducción alguna del porcentaje de la exención, posibilidad expresamente prevista en el apartado 3 del artículo 4 de la Directiva antes citado, que recordemos que no obliga a cuantificarlos en un 5 por ciento, sino que simplemente otorga la posibilidad si se quieren cuantificar a coste alzado. En su defecto, un elemental principio de proporcionalidad exigiría que el porcentaje de reducción variara (con el límite máximo del 5 por ciento previsto en la Directiva) en función de la cuantía de los gastos y su proporción sobre los dividendos efectivamente percibidos, so pena, como señalamos más arriba, de resultar incompatible con la interpretación que del artículo 4.3 de la Directiva matriz-filial ha realizado el TJUE.

Una segunda cuestión que afecta a la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea surge al apreciar que la reducción de la renta exenta solo se predica de los dividendos, renta satisfecha por entidades filiales, pero nunca de los beneficios obtenidos a través de un establecimiento permanente, que también tienen acceso a la exención a través del artículo 22 de la LIS. O, en otras palabras, la norma genera un tratamiento distinto de la inversión española en el extranjero en función de que la

misma se produzca a través de una filial o de un establecimiento permanente.

Este diferente tratamiento podría resultar, en nuestra opinión, en una vulneración de la libertad fundamental de establecimiento consagrada en el artículo 49 del TFUE, cuestión sobre la que existe una doctrina más que consolidada por parte del TJUE. Es cierto que la misma se ha establecido con mayor frecuencia para casos en los que el Estado de acogida discriminaba a los establecimientos permanentes de no residentes, pero sus principios son claros y aplicables también al caso que nos ocupa, como puede apreciarse por poner un solo ejemplo en el párrafo 17 de la sentencia *Nordea Bank Danmark A/S*³⁵⁴:

*"39. La libertad de establecimiento que el artículo 49 TFUE reconoce a los nacionales de la Unión Europea implica para ellos el acceso a las actividades por cuenta propia y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas, en las mismas condiciones que las fijadas por la legislación del Estado miembro de establecimiento para sus propios nacionales. Comprende, conforme al artículo 54 TFUE, para las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y que tengan su domicilio estatutario, su administración central o su centro de actividad principal en el interior de la Unión, el derecho de ejercer su actividad en el Estado miembro de que se trate por medio de filiales, sucursales o agencias (véanse, en este sentido, las sentencias *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, EU:C:1999:438, apartado 35, y *Marks & Spencer*, C-446/03, EU:C:2005:763, apartado 30)."*

³⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de julio de 2014, asunto C-48/13.

En consecuencia, cabría plantearse si, al dar un mejor trato a la inversión vía establecimientos permanentes que a través de filiales, la redacción propuesta resulta en una restricción encubierta de la libertad fundamental de establecimiento que se manifiesta en el derecho de opción de que disfrutaran los operadores económicos de la UE (en nuestro caso los españoles) para elegir la forma jurídica de su establecimiento en otro Estado miembro³⁵⁵.

Y, por último, resulta también criticable desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea la formulación técnica de los dividendos recibidos de participaciones indirectas. Y es que de acuerdo con la redacción legal, la reducción del 5 por ciento del importe exento se aplicará en cada una de las entidades que haya recibido el dividendo, de forma que en una cadena de entidades participadas³⁵⁶ se acumularán diversas reducciones del 5 por ciento sobre una misma renta, generando doble imposición económica en cadena.

Esta doble imposición económica se produce incluso en los propios grupos de consolidación fiscal. Como mencionábamos más arriba, el artículo 64 de la LIS señala que los 5 por ciento integrados en la base imponible individual de la sociedad receptora del dividendo ni siquiera podrán ser objeto de eliminación al formar la base imponible del grupo fiscal. Esta limitación adicional trata de seguir la doctrina

³⁵⁵ Podría objetarse que la restricción sería producto de la implementación de una norma de Derecho derivado, como es el artículo 4.3 de la directiva matriz-filial. Siendo cierto, no debemos olvidar que es doctrina consolidada del TJUE que si bien los Estados miembros tienen libertad para implementar las disposiciones de las directivas en su derecho interno, deben hacerlo siempre con respeto al Derecho primario.

³⁵⁶ Situación muy típica de los grandes grupos empresariales españoles o de grupos cotizados, donde quien cotiza es una entidad holding, pero quien recibe los dividendos de las participadas extranjeras suele ser una entidad intermedia normalmente situada en nuestro país, pero también de los grupos de consolidación fiscal del Capítulo VI del Título VII de la LIS

establecida por el TJUE en la sentencia Groupe Steria SCA³⁵⁷ comentada más adelante en el epígrafe 8.1. de este mismo Capítulo, esto es, que las condiciones para la exención de los dividendos obtenidos por una entidad individualmente no pueden ser peores que las aplicables a los grupos de consolidación fiscal.

Sin embargo, al actuar así, el legislador ha ocasionado que los dividendos redistribuidos por una sociedad española a otra sociedad española se integren en las diversas bases imponibles en un porcentaje superior al 5 por ciento de los beneficios recibidos previsto en el artículo 4.3 de la Directiva matriz-filial que en teoría inspira esta norma. Un sencillo ejemplo aclarará lo anterior.

Pongámonos en una situación en la que existan solo dos sociedades españolas y una filial no residente y que, para facilitar el análisis, la participación sea del 100 por 100 en todos los casos:

- Cuando la primera sociedad residente en España (A) reciba 100 um de su participada no residente (Z), deberá integrar 5 um en la base imponible en concepto de gastos de gestión y tributar por ellos al 25%, resultando una cuota tributaria de 1,25 um. De esta forma, podrá distribuir 98,75 um a su sociedad matriz (B) (95um no gravadas y 3,75um gravadas).
- Cuando la sociedad matriz B, también residente en España, reciba las 98,75 um de su participada A, deberá integrar 4,93 um (98,75% x 5%) en la base imponible en concepto de gastos de gestión y tributar al 25% por ello.

³⁵⁷ Sentencia del TJUE de 2 de septiembre de 2015, asunto C-386/14.

En este ejemplo, la suma de los gastos de gestión integrados en la base imponible en relación con la misma renta (el dividendo redistribuido) sería de 9,93 um (5 um en A y 4,93 en B), cantidad que excede del "5% de los beneficios distribuidos por la sociedad filial" en los términos del propio artículo 4.3 de la Directiva matriz-filial. Y es que, en nuestra opinión, pero también del TJUE, el concepto de "beneficios distribuidos por la sociedad filial" no puede limitarse a la distribución directa, sino que debe tener en cuenta que en la doble imposición económica la renta (es decir, el dividendo) es única, con independencia del número de perceptores de la misma.

Como decimos, esta situación no es nueva, y constituye una vulneración de la Directiva matriz-filial ya declarada por el TJUE en al menos dos sentencias de la misma fecha que abordaban supuestos de redistribución de dividendos recibidos.

En primer lugar, es destacable la sentencia X v Ministerraad³⁵⁸, que versaba sobre un impuesto belga sobre las distribuciones de dividendos, que tenía la potencialidad de aplicarse en cadena cuando se redistribuían dividendos percibidos en ejercicios anteriores (de forma que el mismo impuesto había aplicado a la sociedad distribuidora de inferior nivel en el ejercicio X y a la sociedad redistribuidora en el ejercicio X+1).

Pues bien, el párrafo 82 de la sentencia termina los razonamientos del Tribunal con una conclusión contundente:

³⁵⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 2017, asunto C-68/15.

"82 Por lo tanto, procede responder a la tercera cuestión que el artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, puesto en relación con el apartado 3 de dicho artículo, debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición se opone a una normativa fiscal nacional como la controvertida en el litigio principal, en la medida en que esa normativa tiene como consecuencia, en el supuesto de que los beneficios percibidos de su filial por una sociedad matriz sean distribuidos por esa sociedad matriz con posterioridad al ejercicio en el que los percibió, someter esos beneficios a un gravamen que rebasa el límite máximo del 5 % fijado en la referida disposición."

Y, en segundo lugar, en la sentencia AFEP³⁵⁹, cuyo párrafo 32 tenía el siguiente tenor literal:

"32 Por otra parte, puesto que la Directiva sobre sociedades matrices y filiales persigue, conforme a su considerando 3, el objetivo de eliminar la doble imposición de los beneficios distribuidos por una filial a su sociedad matriz en el nivel de la sociedad matriz, gravar esos beneficios por parte del Estado miembro de la sociedad matriz en sede de esta sociedad en el momento de la redistribución de estos últimos, que tendría como efecto someter dichos beneficios a un gravamen que excede del límite del 5 % previsto en el artículo 4, apartado 3, de esta Directiva, conllevaría una doble imposición en el nivel de la mencionada sociedad contraria a dicha Directiva."

En nuestra opinión, la posición del Tribunal en estos dos asuntos debería ser fácilmente trasladable a un supuesto como el de la norma española en el que la sobre-tributación

³⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 2017, asunto C-365/16.

existente tendrá lugar sobre los dividendos redistribuidos en los mismos ejercicios o en otros distintos.

Podría alegarse que esta vulneración no tendría lugar si los dividendos no fueran nunca redistribuidos a una entidad de la UE (o lo que es lo mismo, que la norma sería perfectamente válida para supuestos de redistribución dentro de sociedades españolas), pero eso sería interpretar incorrectamente la Directiva matriz-filial, que aplica tanto a dividendos distribuidos a no residentes, como a los propios recibidos por entidades residentes en España. Y es que, como señalaremos en el epígrafe 8.2. de este mismo Capítulo, cuando España incorporó a su ordenamiento el método de exención, asumió la obligación de que su regulación no vulnerase el Derecho de la Unión Europea en general, y la Directiva matriz-filial en particular sin hacer distinción entre dividendos de fuente interna o internacional.

Así lo indica el TJUE en los párrafos 74 y ss. de la citada sentencia *X v Ministerraad*:

"74 ... al transponer la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, el Reino de Bélgica optó por el sistema de exención. Además, dicho Estado miembro ha hecho uso de la facultad establecida en el artículo 4, apartado 3, de esta Directiva. Por lo tanto, los beneficios procedentes de las filiales no residentes de las sociedades matrices belgas están exentos en un 95 %.

(...)

76 Por lo tanto, se plantea la cuestión de si esa doble imposición es contraria a la Directiva sobre sociedades matrices y filiales.

77 Según los Gobiernos belga y francés, los beneficios redistribuidos por una sociedad matriz a sus accionistas no están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 1, letra a), de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales, al ser esa disposición aplicable únicamente cuando una sociedad matriz percibe beneficios distribuidos por su filial.

78 No cabe acoger tal interpretación, que no se desprende del tenor de la disposición, ni de su contexto o de su finalidad.

79 En efecto, en primer lugar, al establecer que el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro del establecimiento permanente «se abstendrán de gravar dichos beneficios», la referida disposición prohíbe que los Estados miembros graven a la sociedad matriz o su establecimiento permanente por los beneficios distribuidos por la filial a su sociedad matriz, sin distinguir en función de que el hecho imponible en el que se base la tributación de la sociedad matriz sea la recepción de esos beneficios o su redistribución.”

En conclusión, la norma debería modificarse para prever la no tributación del 5 por ciento del dividendo recibido cuando el mismo ya haya sido integrado en la base imponible de otra sociedad residente en España e, igualmente, debería suprimirse la referencia a la no eliminación en grupos de consolidación fiscal, al menos en lo referente a los 5 por ciento sucesivos generados en cada redistribución.

2.2.3. La excepción a la regla general

La nueva regla del apartado 10 prevé una excepción en un nuevo párrafo 11 del artículo 21 de la LIS, de complicada redacción y sobre el que no queda claro su fundamento:

11. La reducción aplicable a dividendos o participaciones en beneficios de entidades a que se refiere el apartado anterior no será de aplicación cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) los dividendos o participaciones en beneficios sean percibidos por una entidad cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a 40 millones de euros.

A efectos de determinar el importe neto de la cifra de negocios será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 101 de esta Ley.

La entidad a que se refiere esta letra deberá cumplir los siguientes requisitos:

- i) no tener la consideración de entidad patrimonial en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta Ley;
- ii) no formar parte, con carácter previo a la constitución de la entidad a que se refiere la letra b) de este apartado, de un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas;
- iii) no tener, con carácter previo a la constitución de la entidad a que se refiere la letra b) de este apartado, un porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de otra entidad igual o superior al 5 por ciento.

b) los dividendos o participaciones en beneficios procedan de una entidad constituida con posterioridad al 1 de enero de 2021 en la que se ostente, de forma directa y desde su constitución, la totalidad del capital o los fondos propios.

c) los dividendos o participaciones en beneficios se perciban en los períodos impositivos que concluyan en los 3 años inmediatos y sucesivos al año de constitución de la entidad que los distribuya.”

Como decíamos, la redacción es larga y compleja. Aunque al empezar a leer la excepción se tiene la sensación de que la regla trata de limitar la reducción del 95 por ciento solo a los dividendos percibidos por grandes empresas (cuyo tipo efectivo debía aproximarse al tipo nominal del impuesto, en palabras de la referencia del Consejo de Ministros citada), no aplicando la misma a las empresas con cifra neta de negocios inferior a 40 millones de euros, esta sensación se abandona pronto en cuanto se analizan las condiciones para ello que, anticipamos, hacen de esta excepción un supuesto de muy escasa aplicación.

Así, para que pueda ser de aplicación esta excepción, y en consecuencia el dividendo esté exento en su totalidad será necesario que: (i) lo perciba una entidad cuyo importe neto de la cifra de negocios sea inferior a 40 millones de euros; (ii) que la entidad perceptora no tenga la consideración de entidad patrimonial de acuerdo con el artículo 5.2 de la LIS; (iii) que la entidad perceptora no forme parte de ningún grupo de sociedades con carácter previo; y (iv) que la entidad perceptora no tenga ninguna participación, directa o indirecta, en otra entidad igual o superior al 5 por ciento; (v) que la entidad participada se constituya después del 1 de 2021 y la entidad perceptora ostente la totalidad

del capital de la misma; y (vi) que los dividendos o participaciones en beneficios se distribuyan en los tres primeros años inmediatos y sucesivos a la constitución.

Como ya hemos apuntado, no se desprende de forma clara de la norma cuál puede ser la finalidad o el fundamento para que esta excepción se haya formulado en términos tan restrictivos. Parece que legislador no desea perjudicar la constitución de filiales por sociedades que realizan actividades económicas y que están empezando a expandirse.

Sin embargo, al incluir todo este conjunto de limitaciones está excluyendo de la exención los dividendos que lleguen de *joint ventures* con otros socios (forma de entrada muy habitual en ciertos mercados extranjeros) así como, en general, cualquier dividendo de una filial de reciente constitución (que además no suelen distribuirse, en la práctica, en los tres primeros años). Se trata de restricciones excesivas que deberían eliminarse para que la norma pueda tener alguna aplicación práctica concreta.

3. La coordinación con los convenios de doble imposición

Como señalábamos en el Capítulo I de esta obra, el método de exención se configura en la práctica como un método óptimo para eliminar tanto la doble imposición jurídica como, singularmente, la económica que puede surgir en las inversiones internacionales. Por ello, este método es uno de los dos que recomienda la OCDE en su modelo de convenio para eliminar la doble imposición (concretamente en su artículo 23A).

Si bien España en su primera etapa de conclusión de convenios adoptó el método de exención de forma general para distintos tipos de rentas, a partir de 1990 modificó su posición y pasó no solo ya a adoptar el método de imputación (artículo 23B del modelo de convenio)³⁶⁰ sino incluso a renegociar poco a poco los convenios anteriores para eliminar las referencias al método de exención³⁶¹. Eso explica que actualmente solo exista un convenio que contiene la cláusula de exención para dividendos y es el convenio de 1974 de Brasil (artículo 23.3).

En suma, puede concluirse que, si existiera un modelo oficial español de convenio de doble imposición, el mismo optaría por aplicar el método de imputación para eliminar la doble imposición de los dividendos.

Esta generalidad en la aplicación del método de imputación y exclusión del de exención, y la concepción de los convenios de doble imposición como una norma de rango superior a la ley interna, derivada del último inciso del artículo 96.1 de la Constitución y de los artículos 28 a 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos

³⁶⁰ Un detenido análisis de la evolución de los convenios españoles se encuentra en CALDERÓN CARRERO, J.M., *Capítulo IV. Métodos para eliminar la doble imposición*. En VV.AA. "Todo Convenios Fiscales Internacionales..." *op. cit.*, sección 2.5 (recurso electrónico).

³⁶¹ Buen ejemplo de esta tendencia se encuentra en la opción elegida por España a efectos del artículo 5 del "Convenio multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios" que está siendo objeto ahora mismo de tramitación en sede parlamentaria. Este artículo abordaba los supuestos de desimposición que podrían surgir por la aplicación en un convenio de doble imposición del método de exención y daba tres opciones a los Estados firmantes del mismo. España ha optado por la más restrictiva de todas: sustituir la exención por el método de imputación, y aplicarlo a los Convenios con Chequia, Eslovaquia, Marruecos, Polonia y Turquía, así como Brasil (si bien este último país no es aún firmante del convenio multilateral por lo que la opción española no tendría todavía efectos en este convenio). Disponible en [https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/Documentacion/Convenio%20multilateral ES Posicion%20espanola.PDF](https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Tributaria/CDI/Documentacion/Convenio%20multilateral%20ES%20Posicion%20espanola.PDF)

Commented [FO1]: Esta cita estaría bien actualizarla temporalmente a la última edición. Pero eso lo podemos hacer al final.

Internacionales, podría hacer dudar de la aplicabilidad del artículo 21 de la LIS, en aquellos casos en los que el método de exención resultase en una tributación inferior a la que se daría de aplicarse el método de imputación del convenio de doble imposición correspondiente.

Esta duda, además, se podría reforzar cuando se advierte que las cláusulas de eliminación de la doble imposición de numerosos convenios de doble imposición mencionan expresamente que el contribuyente puede aplicar indistintamente el método para eliminar la doble imposición previsto en el convenio de doble imposición o el recogido en la legislación interna española. Esto podría llevar a pensar que esta inclusión es necesaria precisamente porque de lo contrario el método de eliminación de la doble imposición convencional prevalece sobre el de la ley interna.

Como explicaremos a continuación, no compartimos esta conclusión. Esta cuestión ha sido analizada en profundidad por CALDERÓN CARRERO³⁶², cuyos postulados seguimos. Resumidamente, en opinión de este autor, el objetivo primario de los convenios de doble imposición es asignar potestades tributarias de gravamen sobre las rentas, de forma que en ocasiones (cuando la potestad se asigne en exclusiva a un solo Estado) la doble imposición se resuelva sola. Solo cuando esa asignación de potestades tributarias resulte en doble imposición (es decir, solo cuando el propio convenio permita que los dos Estados contratantes graven una misma renta), entonces entrarán en juego los preceptos de eliminación de la doble imposición, a los que la normativa

³⁶² Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., Capítulo IV. Métodos para eliminar... op. cit., págs. 605 y 609.

interna dota de sentido técnico completo, dado el escaso desarrollo de los preceptos convencionales.

Nótese que este es también el criterio del párrafo 32 de los Comentarios al modelo de convenio de la OCDE cuando refiriéndose tanto al método de exención como al de imputación señala:

"Los dos artículos están redactados de manera general y no dan normas detalladas sobre la forma en que se debe computar la exención o el crédito, lo que se deja a la legislación y la práctica nacionales aplicables".

Sin embargo, esto no termina de resolver la cuestión que nos ocupa. Esto es, si un convenio de doble imposición establece como método de eliminación el de imputación, ¿puede la normativa interna ignorarlo y aplicar el método de exención o debería limitarse a desarrollar la aplicación práctica de la deducción del impuesto extranjero?

Algunos autores como GÓMEZ JIMÉNEZ³⁶³ abordan esta cuestión desde la perspectiva del "principio de no agravación", en virtud del cual la situación de un contribuyente no puede empeorar como consecuencia de la aplicación de un convenio. Como consecuencia de ello, el método de imputación de un convenio no podría dar un resultado económico peor que el método de exención de la normativa interna. Sin embargo, lo cierto es que este principio, que como destacan CALDERÓN CARRERO y MARTÍN JIMÉNEZ forma parte del ordenamiento de otros países como Estados Unidos e Italia, no está incorporado expresamente al ordenamiento español³⁶⁴, por lo

³⁶³ Cfr. GÓMEZ JIMÉNEZ, I.L. *Análisis crítico del artículo 21... op. cit.*, pág. 47.

³⁶⁴ Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Capítulo I. Los tratados internacionales. Los convenios de doble imposición en el*

que solo podríamos entenderlo aplicable si consideráramos que forma parte de los principios generales del Derecho, materia sin duda compleja de demostrar.

Otros autores, como GONZALO PECES³⁶⁵ abordan esta cuestión desde un enfoque más práctico cuando señalan que a pesar de la aplicación prevalente y directa del convenio, el sistema de tratados supone un marco en el que al contribuyente le está permitido acudir a la norma interna más favorable. Esta tesis, más cercana a la nuestra, tampoco nos convence por su cercanía a las discusiones sobre las opciones tributarias, que, como comentaremos en el epígrafe 4 de este mismo capítulo, no consideramos compatibles con la eliminación de la doble imposición internacional³⁶⁶.

ordenamiento español: naturaleza, efectos, interpretación e impacto del Proyecto OCDE/G20 BEPS a la luz del Convenio Multilateral frente a la Erosión de Bases Imponibles y la Transferencia de Beneficios. En VV.AA. "Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea", CISS, Valencia, 2019, Sección 1.2. (recurso electrónico), con cita de diversas sentencias de la Audiencia Nacional que agravan la situación del contribuyente como consecuencia de la aplicación de un CDI y entre ellas SSAN de 19 de junio de 2008, caso Banco Vitalicio de España, y de 18 de diciembre de 2008, rec. 633/2005, Caso BSCH, así como más recientemente, SAN 26 de octubre de 2018, rec.156/2015, caso Praxair. Una somera lectura de estas sentencias permite inicialmente comprobar que, efectivamente, el Tribunal adopta los criterios del convenio preferentemente a los de la normativa interna, pero en nuestra opinión, lo hace para evitar distintas conductas presuntamente abusivas de los contribuyentes (una doble deducción de gastos en el primer caso, una deducción indebida de gastos de administración y gestión en el segundo y una doble deducción de gastos en el último de ellos). No creemos que este Tribunal se hubiera pronunciado en contra de la aplicación de los métodos internos en casos más ortodoxos, en los que la Inspección pretendiera aplicar el convenio en perjuicio del contribuyente.

³⁶⁵ Cfr. *Exención para evitar... op. cit.*, pág. 597.

³⁶⁶ CALDERÓN CARRERO cita también un enfoque particular del TEAC en su resolución 4463/2003, de 30 de marzo de 2006, en las que este órgano considera que la dicotomía entre norma convencional y norma interna se resuelve a favor de esta última por ser una ley especial frente a la ley general que constituye el convenio. No nos parece que sea este el enfoque adecuado de la cuestión, que además creemos que estuvo condicionado por las peculiaridades del caso concreto, en el que el contribuyente, ante la diferente regulación en el convenio y en la norma interna de la deducibilidad o exención de las pérdidas incurridas por un establecimiento permanente en el extranjero pretendía aplicar cada año la norma que más le beneficiaba. Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *Capítulo IV. Métodos para eliminar... op. cit.*, pág. 610.

Y, finalmente, otra tesis muy práctica es también la de LUCAS DURÁN³⁶⁷, para quien esta disyuntiva entre el método de imputación convencional y el método de la normativa interna no podrá darse nunca en la práctica *"por la sencilla razón de que el método de imputación no se aplicará cuando hayan sido declarados exentos los dividendos por mor de la normativa interna"*.

En nuestra opinión, la respuesta debe abordarse desde una perspectiva teleológica. Si el convenio incluye el método de imputación, lo hace con el objetivo de, como mínimo, mitigar o incluso eliminar la doble imposición existente. Así, el hecho de que el legislador interno español haya decidido mitigar o eliminar esa doble imposición aplicando una norma distinta (que puede llegar a ser más beneficiosa en ciertos casos, pero no siempre) no debería suponer ningún problema, dado que se respeta el fin último de la norma convencional: evitar la doble imposición internacional. Idéntica solución se alcanzaría, por ejemplo, en los casos en los que un convenio adopte el método de deducción del impuesto subyacente con requisitos de participación más restrictivos que los del artículo 32 de la LIS³⁶⁸ y en los que nadie discutiría que el porcentaje a aplicar fuera el de la ley interna. Este es precisamente el fin que informa los convenios antes mencionados, y en especial algunos de ellos que, firmados en los últimos años someten la aplicación

³⁶⁷ Cfr. LUCAS DURÁN, M., *Los dividendos e intereses...* op. cit., pág. 794

³⁶⁸ Es el caso, por ejemplo, de los convenios con Bélgica, Bolivia, Corea del Sur, Cuba, Indonesia, Irlanda, Israel, Portugal o Rusia, cuyos artículos de eliminación de la doble imposición exigen un 25 por 100 de participación, en lugar del 5 por 100 que adopta el artículo 32 de la LIS.

concreta de las normas del convenio a lo previsto en la normativa interna española³⁶⁹.

Otra cosa distinta sería, evidentemente, cuando el legislador español haya decidido, por cualquier razón, no eliminar completamente la doble imposición internacional en la normativa interna. Esta situación ya viene produciéndose en algunos casos en nuestro ordenamiento desde el Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre (que ya limitó la deducción por doble imposición internacional al 50 por ciento de la cuota íntegra para contribuyentes cuyo importe neto de la cifra de negocios de los últimos doce meses hubiera sido igual o superior a 20 millones de euros), y, en particular desde la aprobación de la LPGE 2021 y la reducción del importe exento de los dividendos en un 5 por ciento vía la no deducibilidad de los gastos de gestión referidos a las participaciones.

En estos casos, se daría una dualidad de tratamientos, en función de la redacción concreta de la cláusula de eliminación de la doble imposición de cada convenio de doble imposición. De esta forma en los últimos convenios que señalan expresamente, con fórmulas más o menos similares, que la eliminación de la doble imposición se realizará de acuerdo con la legislación interna española, no debería haber incompatibilidad alguna.

³⁶⁹ En concreto, CALDERÓN CARRERO menciona los CDI con Kuwait (2008), Suiza (Protocolo 2011), Chipre (2013), Reino Unido (2013) y República Dominicana (2013). Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *Capítulo IV Métodos para eliminar... op. cit.*, pág. 610. En la versión electrónica de la misma obra, actualizada a 2019, se incluye también Senegal (2006), Nigeria (2009), Uzbekistán (2013), Canadá (Protocolo 2014), Omán (2014), Andorra (2015), Catar (2015) y Finlandia (2015). Cabría añadir también Albania (2011).

Donde sí podría existir incompatibilidad, no obstante, sería en los convenios anteriores a 2006, que incluyan como método de eliminación de la doble imposición económica la imputación del impuesto subyacente, dado que en este caso la redacción típica de los convenios no suele contener limitación alguna en función de la normativa interna y, por tanto, la reducción del 5 por ciento no debería tener lugar.

Dado el funcionamiento de los métodos de eliminación de la doble imposición, esto debería llevar a que en aquellos casos en los que el contribuyente reciba una renta que califique como dividendo y proceda de una sociedad residente en alguno de estos países y en los mismos el impuesto sobre sociedades subyacente sea igual o superior al impuesto sobre sociedades español, el contribuyente opte por aplicar el método de deducción del impuesto subyacente del convenio en cuestión, en lugar de los métodos de eliminación de la doble imposición de los artículos 21 y 32 de la LIS. Aunque aún es pronto para juzgar, es probable que en los próximos años esta situación dé lugar a litigiosidad con la administración tributaria sobre la relación entre los convenios de doble imposición y la norma interna.

En cualquier caso, la discusión sobre la prevalencia de la norma convencional o de la norma interna no ha pasado desapercibida para la doctrina administrativa³⁷⁰, que la ha

³⁷⁰ Como nota anecdótica, por la escasa relevancia práctica que tuvo, pero muy ilustrativa de cuál ha sido siempre la intención del legislador en la cuestión de la relación entre el método de exención y los convenios, debemos recordar la evolución de la primera redacción del artículo 30.bis, cuyo apartado 7 tenía la siguiente dicción literal "7. *En el caso de que la entidad participada resida en un país con el que, con posterioridad a la entrada en vigor de la presente disposición, España suscriba un convenio para evitar la doble imposición internacional, lo dispuesto en los apartados 1 y 2 solamente será aplicable si así se prevé en dicho convenio, sea expresamente o por remisión a la Ley española.*" Recordemos que los apartados 1 y 2 eran precisamente las reglas que regulaban la exención modificada y sus requisitos. Esta redacción estuvo en vigor hasta que la Ley 66/1997, de 30 de diciembre

analizado en reiteradas ocasiones, si bien normalmente en relación con la eliminación de la doble imposición de establecimientos permanentes que, recordemos, también se realiza a través del método de exención pero que, a estos efectos y con la excepción de la cuestión de la deducibilidad de los gastos de gestión, no se diferencia en nada del artículo 21.1 al que de hecho se remite el artículo 22 de la LIS.

Las dos primeras consultas de la DGT al respecto fueron la 0358-98, de 3 de marzo (relativa al convenio con Francia) y la 0558-01, de 16 de marzo (relativa al convenio con Portugal) años en los que recordemos estaba en vigor el método de exención modificada que funcionaba técnicamente a través de una deducción en la cuota. En ambas consultas, tras mencionar que estos convenios adoptaban el método de imputación para eliminar la doble imposición de los establecimientos permanentes, la DGT concluye con idéntico párrafo:

"No obstante, la entidad consultante podrá aplicar por las rentas procedentes del citado establecimiento permanente la deducción a la que se refiere el artículo 29 bis de la LIS en la medida en que dichas rentas procedan de la realización de actividades empresariales en los términos y condiciones establecidos en el mismo."

Mucho más concluyente incluso, resulta la consulta 0890-03, de 25 de junio. El consultante mencionaba que disponía de varios establecimientos permanentes en países cuyos convenios establecían diversos métodos para eliminar la doble imposición y preguntaba expresamente por el "orden de

la suprimió sin reemplazarla por ninguna otra, en una clara muestra de que la norma convencional no prevalecía sobre la norma interna a estos efectos.

prioridad en la aplicación del artículo 20.ter de la Ley 43/1995 y el método que consagre un convenio bilateral.” La respuesta de la DGT fue muy concluyente:

“Con carácter general, cuando un convenio establece un método determinado para la eliminación de la doble imposición hay que entender que se trata de una norma destinada a garantizar que el contribuyente podrá eliminar en su país de residencia la doble imposición provocada por el sometimiento simultáneo a dos jurisdicciones tributarias, por lo menos en la forma que establece el convenio.

Garantizado que el contribuyente puede eliminar la doble imposición conforme a lo que establece el convenio, nada obsta a que utilice cualquier otra vía que la legislación interna habilite.

En consecuencia, y a salvo que un convenio en particular establezca algo distinto, cabe decir que el consultante puede aplicar el artículo 20 ter de la Ley 43/1995 si se cumplen los requisitos en él establecidos, sin que el hecho de que el convenio aplicable contemple un método de imputación resulte un obstáculo a estos efectos.”

En resumen, el contribuyente debe poder aplicar libremente el método del convenio de doble imposición o el de la normativa interna española (y en el caso del método de imputación del impuesto subyacente con las limitaciones o ampliaciones de la normativa española, en su caso), dado que ambos eliminan la doble imposición. Esta debe ser la conclusión correcta desde la perspectiva teleológica que mantenemos, pero también desde una perspectiva de técnica

jurídica³⁷¹. Interpretar lo contrario en un contexto en el que todos los convenios de doble imposición, excepto el de Brasil, utilizan el método de imputación, equivaldría a limitar la aplicación del artículo 21 a dividendos de fuente brasileña o de países con los que no existe convenio de doble imposición y, como hemos visto, no es esto lo querido por el legislador cuando ha redactado el artículo 21 partiendo de la comparabilidad de los impuestos de aquellos países con los que existe un convenio de doble imposición³⁷².

4. La relación con el método de imputación de los artículos 31 y 32 de la LIS

Examinada la relación del artículo 21 de la LIS con los convenios de doble imposición, y en particular con el método de imputación previsto en casi todos ellos (como decíamos, todos menos el convenio con Brasil) debe analizarse ahora la relación con ese mismo método de imputación, pero en su versión interna. En este sentido, y de acuerdo con el párrafo c) del apartado 9 del artículo 21 de la LIS:

"9. No se aplicará la exención prevista en este artículo:

(...)

c) A las rentas de fuente extranjera que la entidad integre en su base imponible y en relación con las cuales

³⁷¹ Así parece entenderlo también MACHANCOSES GARCÍA, cuando señala que los instrumentos normativos del Derecho Tributario Internacional, como los convenios de doble imposición, gozan de supremacía sobre la norma interna, aunque solo serán de aplicación en caso de que la norma interna no resuelva la doble imposición en el marco de aquéllos. Cfr. *La tributación de los beneficios percibidos por las matrices españolas procedentes de las filiales en el extranjero*. Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 98.

³⁷² En esta misma línea en relación con los convenios y el artículo 21, cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M., *Capítulo IV. Métodos para eliminar... op. cit.*, pág. 610.

opte por aplicar, si procede, la deducción establecida en los artículos 31 o 32 de esta Ley.”

Los artículos 31 y 32 de la LIS contienen la regulación del método de imputación para evitar la doble imposición internacional (el artículo 31) y del método de imputación del impuesto subyacente sobre dividendos de fuente extranjera (el artículo 32). Como tales, son normas cuya aplicación ya habría eliminado, o en el peor de los casos, reducido la doble imposición internacional, por lo que, bajo el régimen existente hasta el año 2020, resultaba lógico que el legislador prohibiera la aplicación conjunta de estos artículos con la exención del artículo 21. O, dicho desde otra perspectiva, si el contribuyente había eliminado de la base imponible los dividendos de fuente extranjera por aplicación del artículo 21, no podía aplicarse ninguna deducción en la cuota por el método de imputación que, como es sabido, exige la inclusión previa de la renta en la base imponible. Se trataba, pues, de una exclusión coherente con el funcionamiento de los métodos de eliminación de la doble imposición, que trataba de evitar la generación de una desimposición y que, además, ya era tradicional en la redacción del TRLIS y de la LIS 1995³⁷³.

Sin embargo, la redacción de la norma generaba una duda que no se ha resuelto tras la reforma introducida por la LPGE 2021, reforma que, como veremos, incluso ha generado más dudas sobre la relación entre el método de exención y el de imputación.

³⁷³ En este mismo sentido, ver MACHANCOSES GARCÍA, E., *La tributación de los beneficios... op. cit.*, pág. 66.

La duda se refiere a la redacción legal de la norma, que utiliza los términos "opte por aplicar, si procede..."³⁷⁴ al establecer la incompatibilidad entre el artículo 21 y los artículos 31 y 32 de la LIS, trayendo al ámbito de la eliminación de la doble imposición internacional la discusión sobre la naturaleza de las opciones tributarias, y el artículo 119.3 de la Ley General Tributaria:

"Las opciones que según la normativa tributaria se deban ejercitar, solicitar o renunciar con la presentación de una declaración no podrán rectificarse con posterioridad a ese momento, salvo que la rectificación se presente en el período reglamentario de declaración."

Como puede advertirse, podría interpretarse que el contribuyente debe optar al presentar la declaración por aplicar bien el método de imputación de los artículos 31 y 32 de la LIS, bien el método de exención. En este sentido, si opta por la primera posibilidad, entonces ya no podrá aplicar nunca el método de exención sobre esas rentas³⁷⁵. Un ejemplo sería en el caso de una eventual rectificación de la autoliquidación por descubrir que el método de exención le habría sido más favorable o que sí cumplía los requisitos para acceder al mismo tras la obtención de una consulta tributaria resuelta únicamente con posterioridad a la presentación de la declaración.

³⁷⁴ La redacción de este precepto data realmente del Real Decreto-Ley 3/2000. Previamente, el artículo 30bis contenía una regla similar, pero con una redacción menos conflictiva: "Esta deducción será incompatible con la establecida en los artículos 29 y 30 de esta Ley".

³⁷⁵ Así lo entiende, por ejemplo, LÓPEZ POMBO, D., *Corrección de la Doble Imposición...* op. cit., pág. 433. Igualmente parece considerarlo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de febrero de 2019 (Rec. 15046/2018) cuando señala que "aceptada expresamente una opción fiscal, no puede el sujeto pasivo eludir las consecuencias jurídicas derivadas de aquélla". Decimos "parece", dado que el caso de autos versaba sobre diversos errores consecutivos del contribuyente al practicar la liquidación de su impuesto, que precondicionaban la respuesta del Tribunal sobre la efectiva voluntad del contribuyente.

No podemos compartir esta conclusión. Al menos existen tres razones que justifican que dicha solución no sea la correcta.

En primer lugar, por razones de justicia tributaria. No debemos olvidar que el objetivo de la norma de exención (y el de la norma de imputación) no es introducir un beneficio fiscal para el contribuyente sino eliminar la doble imposición que pueden sufrir las rentas y, con ello, aplicar el principio de capacidad económica, permitiendo un gravamen correcto de las rentas obtenidas en el extranjero. Desde este punto de vista, configurar el párrafo c) del artículo 21.9 como una verdadera "opción tributaria" de las del artículo 119.3 de la LGT, no permitiría corregir esa doble imposición en los casos antes apuntados, lo que tendría un resultado manifiestamente contrario a los principios de justicia tributaria en general, y los de capacidad económica, no confiscatoriedad e igualdad, en particular. En esta línea, por ejemplo, irían las manifestaciones del Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de abril de 2017³⁷⁶, en el sentido de que *"evitar la doble imposición y la prohibición del enriquecimiento injusto en el ámbito tributario enlaza con un sistema tributario basado en el principio superior de justicia y el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos conforme a la capacidad económica de cada uno."*

En segundo lugar, por la prevalencia del Derecho de la Unión Europea respecto a la norma interna. No debemos olvidar que, en el caso concreto de los dividendos, la aplicación de los métodos de exención (recogido en el artículo 21 que nos

³⁷⁶ Resolución 665/2017. Si bien la misma se refiere a un tema completamente distinto, la exigencia al retenedor de las cantidades no retenidas cuando la cuota ya ha sido ingresada por el contribuyente, ambos son temas que inciden en la posible existencia de una doble imposición que un sistema fiscal justo no debe tolerar.

ocupa) o del método de deducción del impuesto subyacente, no es algo potestativo que pueda restringirse por una decisión del legislador. Todo lo contrario. El artículo 4 de la Directiva matriz-filial establece la obligación de los Estados Miembros de eliminar la doble imposición económica sufrida por los dividendos recibidos por las sociedades residentes en dichos Estados, y para ello obliga a los Estados a aplicar una de dos alternativas: abstenerse de gravar los dividendos o conceder una deducción en la cuota sobre el impuesto subyacente satisfecho por la filial. La redacción de la norma es la siguiente:

"1. Cuando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de esta reciban, por la participación de aquella en una sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro del establecimiento permanente:

- a) o bien se abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial;*

- b) o bien los gravarán, autorizando al mismo tiempo a la sociedad matriz y a su establecimiento permanente a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel, sujeto a la condición de que cada una de las filiales y la filial de ulterior nivel siguiente puedan encuadrarse en las definiciones establecidas en el artículo 2 y cumplan los requisitos previstos en el artículo*

3, hasta la cuantía máxima del impuesto adeudado."

Como puede apreciarse, la redacción del artículo 4 es taxativa y no permite nada que no sea que un Estado miembro aplique uno de los dos métodos de eliminación de la doble imposición, pero, y esto es lo importante, sin hacerlos incompatibles entre sí.

Por ello, interpretar que la elección del método de imputación del impuesto subyacente excluye automáticamente la aplicación del de exención cuando, por la razón que fuere, no puede aplicarse el de imputación originariamente elegido, resultaría contrario al artículo 4 de la Directiva antes citado.

Y, por último, porque el artículo 21.9 c) de la LIS de 2014 no es una verdadera opción tributaria, sino, insistimos, una norma que pretende regular las relaciones entre dos métodos distintos de eliminación de la doble imposición. En esto debemos seguir el análisis que de las opciones tributarias realizó JUAN LOZANO³⁷⁷, cuando señalaba que identificar como opción fiscal la aplicación de cualquier norma que pueda favorecer al contribuyente, y en consecuencia atribuirle carácter irrevocable a su inclusión o no en las autoliquidaciones, adolece de un defecto esencial que conduce a la aplicación de las normas con vulneración de los principios de capacidad económica y legalidad.

³⁷⁷ Cfr. DE JUAN LOZANO, A.M., *Algunos interrogantes respecto a la identidad del procedimiento de inspección: cuestiones funcionales, temporales y estructurales*. En VV.AA. "V Congreso tributario: Cuestiones tributarias problemáticas y de actualidad", CGPJ, Escuela Judicial, núm. 156, 2009, pág. 162 y ss.

En una parecida línea se expresa MONTESINOS OLTRA³⁷⁸. No es éste el lugar para recoger todos sus argumentos sobre la verdadera naturaleza de las opciones tributarias, pero basta con señalar que para este autor³⁷⁹:

"la opción tributaria genuina o en sentido estricto es una técnica (...) que consiste en la atribución a un obligado tributario que se encuentra en una determinada situación de sujeción al tributo, de una facultad de elección de la alternativa aplicable a hechos futuros subsumibles en la norma tributaria y de cuyo ejercicio puede derivarse para él una indeterminada ventaja comparativa, siendo su función la de prefigurar con el carácter de inmodificables los efectos jurídicos que se deriven de su elección expresa o tácita."

Y, precisamente, la "opción" que nos ocupa no resulta nunca en una ventaja comparativa. No debemos olvidar que, como ya señalábamos en el capítulo anterior, el mecanismo técnico del método de imputación de los artículos 31 y 32 de la LIS 2014 lleva, como máximo, a que el contribuyente tribute igual que con el método de exención, pudiendo incluso resultar, económicamente hablando, más oneroso que el método de exención. Y es que, como bien concluye MONTESINOS OLTRA³⁸⁰:

"Lo que parece a todas luces indiscutible es que no puede hablarse de facultad de elección si el obligado tributario puede despejar todo rastro de incertidumbre sobre cuáles son las consecuencias jurídicas de las alternativas que tiene ante sí cuando éstas no pueden, además, afectar a terceros distintos de la

³⁷⁸ Cfr. MONTESINOS OLTRA, S., *El concepto de opción tributaria*, Revista Española de Derecho Financiero nº 176, octubre-diciembre 2017 (recurso electrónico).

³⁷⁹ *Ibidem*, Sección II.

³⁸⁰ *Ibidem*, Sección III.

Administración, supuesto en el que no parece haber razón alguna para que deba asumir un perjuicio comparativo derivado de un error en la determinación de la más favorable, ni siquiera el hecho de que tal acto de determinación sea un componente más de su deber de autoliquidar el tributo.”

Asimismo, para que pueda existir una verdadera opción tributaria es necesario que exista una alternativa entre un régimen que se aplicaría por defecto y un régimen especial que solo se aplicaría previa manifestación de voluntad del contribuyente y que ambos sean incompatibles entre sí. Este sería el caso, por ejemplo, de la opción por el régimen de tributación conjunta de la LIRPF, que de acuerdo con el artículo 83.2 LIRPF es un régimen especial, alternativo al régimen general de tributación individual del IRPF. Sin embargo, esta característica de opción entre el régimen general y el especial no está presente en la disyuntiva de la Ley entre el método de exención del artículo 21 y el de imputación, ya que la Ley no distingue en ningún caso cuál sería de aplicación como norma general y cuál como norma especial.

Un argumento similar al anterior puede encontrarse en algunas sentencias recientes de nuestro Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, su sentencia de fecha 18 de mayo de 2020³⁸¹ que si bien versa sobre un supuesto de hecho muy diferente (si el incumplimiento del plazo para la solicitud de la aplicación del régimen fiscal especial aplicable a los trabajadores desplazados a territorio español era un mero requisito formal o el ejercicio de una verdadera opción tributaria), contiene razonamientos en este sentido en su Fundamento de Derecho Tercero:

³⁸¹ Rec. n° 5692/2017.

"... no existe duda que el diseño normativo prevé dos regímenes de tributación, el general y el especial, que nos ocupa, siempre que se reúna una serie de condiciones, previéndose que para acogerse a este régimen especial el contribuyente que cumpla con las condiciones expresamente recogidas en la nueva norma vista, debe de optar una vez ya vigente el régimen expresamente mediante declaración dispuesta al efecto en el plazo de seis meses (...). Resulta absolutamente claro que lo que se establece es que con carácter general el contribuyente debe tributar por el régimen general y sólo le es de aplicación el régimen especial cuando ejercer la opción dentro del plazo normativamente impuesto, o lo que es lo mismo, traducido a nuestro caso en período transitorio, el recurrente tenía dos meses para optar por el régimen especial, al no hacerlo en plazo optó por el régimen general, en tanto que era requisito necesario para acogerse al régimen especial el ejercicio de la opción en plazo, y al no hacerlo, por defecto, no cabía más que entender que la opción fue al régimen general. No existe duda alguna que es de aplicación al caso el art. 119.3 de la LGT."

Interesantes son también las siguientes manifestaciones al final del mismo Fundamento de Derecho, sobre la presunta irrevocabilidad de las opciones tributarias:

"El art. 119.3 de la LGT viene a establecer como regla general la irrevocabilidad de la opción, que tiene como fundamento razones de seguridad jurídica y evitar posibles abusos de los contribuyentes.

Lo que cabe preguntarse es si esta regla tiene excepciones, a pesar de los términos que contempla el propio art. 119.3 de la LGT. Ciertamente la correcta viabilidad de este instituto y su principal consecuencia

de la irrevocabilidad, pasa necesariamente por que la opción y las alternativas ideadas legalmente respondan a una delimitación precisa y cierta sobre el ámbito de su aplicación y los efectos derivados. Debe convenirse, también, que amparadas las opciones que ofrece el legislador en el principio de justicia tributaria y la concreción de la efectividad del principio de capacidad económica, podría verse afectada la irrevocabilidad como regla general cuando una modificación de las circunstancias sustanciales determinantes en el ejercicio de la opción afecten a los citados principios.”

Estos argumentos han sido recogidos, de forma literal también en la reciente sentencia de nuestro más alto Tribunal de 15 de octubre de 2020³⁸², en la que se analizaba un supuesto en el que el contribuyente había optado inicialmente por un criterio de imputación temporal (de devengo) en el convencimiento de que le era de aplicación un determinado régimen fiscal (el de las sociedades patrimoniales del antiguo artículo 61 del TRLIS), pero al que cuando la inspección le negó la aplicación del régimen, no le dejó modificar el criterio de imputación temporal (a un criterio de caja) sobre la base de que ya había ejercitado una opción tributaria del artículo 119.3 de la LGT.

En este caso, además de la reproducción literal de los comentarios de la STS de 18 de mayo de 2020 sobre la posible revocabilidad de las opciones, el Alto Tribunal concluye que:

“Por lo general, las opciones no pueden modificarse. No obstante, no parece razonable no permitir nuevamente ejercer la opción cuando las premisas de las que partía

³⁸² Rec. n° 6189/2017.

la opción original no se han mantenido inalteradas, más bien, al contrario, han variado sustancialmente.

(...)

... en el marco de una regularización de la situación tributaria de un contribuyente realizada en un procedimiento de inspección, provocando un cambio en el régimen sustantivo de tributación aplicable, el interesado no está obligado a mantener la opción original (...) sino que puede ejercer nuevamente esa opción con arreglo al nuevo régimen sustantivo aplicable, siempre que en el marco de las actuaciones inspectoras que han conducido al cambio de régimen se haya puesto de manifiesto la inexistencia de indicios de la comisión de infracciones tributarias."

Aplicando estas reflexiones de nuestro más alto Tribunal al caso que nos ocupa, parece claro, en nuestra opinión, que no existe opción tributaria alguna del artículo 119.3 de la LGT por cuanto, como decimos, no hay un régimen general por defecto que aplicar. Pero además, aunque constituyera una verdadera opción tributaria, deberíamos convenir que el contribuyente debería poder cambiar la opción inicialmente elegida por el método de imputación cuando exista, como sugiere el Tribunal Supremo, una modificación de las circunstancias sustanciales determinantes del ejercicio de la opción (p.e. una consulta tributaria que cambie la doctrina administrativa tradicional del artículo 21 que hasta entonces impedía la aplicación de la exención en el supuesto de hecho o una denegación de las circunstancias que permiten la aplicación de la exención en un procedimiento de inspección).

En este sentido, *de lege ferenda*, propondríamos que se incluyera en la LIS una norma similar a la existente en los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, cuya normativa del Impuesto sobre Sociedades contiene en su artículo 128, una relación expresa de los supuestos que se consideran opciones tributarias (entre las que no se incluyen los dividendos exentos por aplicación de las normas equivalentes al artículo 21 de la LIS), así como normas precisas sobre el momento hasta el que el contribuyente puede modificarlas.

Por último, decíamos más arriba que la reforma introducida por la LPGE 2021 ha generado también otras cuestiones dudosas en lo relativo a la relación entre el artículo 21 y el método de imputación. Como señalábamos en el epígrafe 2.2.1. anterior, a partir del 1 de enero de 2021 deben integrarse en la base imponible el 5 por ciento de los dividendos percibidos, en concepto de "gastos de gestión" por aplicación del apartado 10 del artículo 21 de la LIS³⁸³.

Sin embargo, la nueva regulación del artículo 21 de la LIS no contiene referencia alguna a la relación de esta renta integrada en la base imponible con la deducción por doble imposición jurídica internacional del artículo 31 de la LIS, en caso de que, como suele ser habitual, el dividendo sobre el que se calcula el porcentaje del 5 por ciento haya soportado tributación en la fuente y se haya generado doble imposición jurídica.

Esta ausencia de regla al respecto origina algunas dudas de importancia, que giran en torno a la cuestión ya planteada

³⁸³ Igual integración del 5 por ciento de los dividendos se produce bajo la aplicación de la deducción del impuesto subyacente del artículo 32 de la LIS.

en el epígrafe 2.2.1. anterior: ¿existe una renta (dividendo) parcialmente integrada en la base imponible o ha quedado exento el 100 por 100 del dividendo y la renta integrada se corresponde con una no deducibilidad de ciertos gastos?

Como señalábamos entonces, creemos que bajo la redacción actual de la norma, la respuesta es que el dividendo está exento en su totalidad y la renta integrada es un ajuste a la deducibilidad de gastos de gestión. En este caso, por lógica deberemos concluir que el impuesto extranjero no sería fiscalmente deducible en la cuota del IS español, dado que no existiría ningún dividendo integrado en la base imponible.

En cambio, si la norma se articulara de forma que la renta integrada en la base imponible fuera un dividendo, al menos en un 5 por 100, ello debería permitir la aplicación de la deducción del artículo 31 de la LIS. En este escenario, la cuestión sería, no obstante, cómo determinar las cantidades a comparar a efectos de la deducción, esto es, las cantidades resultantes de los párrafos a) y b) del artículo 31 de la LIS:

"a) El importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón del gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto.

(...)

b) El importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por las mencionadas rentas si se hubieran obtenido en territorio español."

En el caso del importe efectivo satisfecho en el extranjero (apartado a)), una interpretación literal podría apoyar que se tomara como tal la totalidad del impuesto soportado en el

extranjero. Sin embargo, quizá fuera más correcto considerar únicamente el 5% de dicho impuesto, sobre la base de que el 95% restante ya ve eliminada la doble imposición jurídica subyacente por la aplicación del método de exención, y que precisamente el 5% no ha quedado exento, por lo que no existiría aplicación simultánea de los dos métodos sobre esta porción del dividendo.

En el caso del importe de la cuota íntegra (apartado b)), la misma debería calcularse teniendo en cuenta únicamente la renta integrada en la base imponible.

La ausencia de regulación de estas cuestiones por parte del legislador introduce un factor de inseguridad jurídica poco recomendable. En el escenario en el que se concluyera que la exención era del 95 por ciento de la renta, una posible solución sería la interpretación analógica de los criterios de aplicación de la deducción por doble imposición internacional aplicables en otros supuestos de exención parcial presentes en nuestro ordenamiento, como la reducción sobre las rentas procedentes de determinados activos intangibles del artículo 23 de la LIS³⁸⁴ o la exención por

³⁸⁴ De acuerdo con este precepto, se aplica una reducción de hasta el 60% del importe neto de las rentas en cuestión, o lo que viene a ser lo mismo, una exención parcial. En relación con la misma, LÓPEZ-SANTACRUZ sostiene que en estos casos "a efectos de determinar esa cuota íntegra que hubiese correspondido en España, en primer lugar, debe calcularse la renta realmente obtenida en la cesión (...). El importe de esa renta se debe minorar en la cantidad de la reducción practicada por aplicación de este incentivo fiscal y al importe que resulte de esta diferencia se le aplicaría el tipo de gravamen, que determina el impuesto que hubiese resultado de acuerdo con la normativa del IS." Cfr. LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., *Memento... op. cit.*, marginal 2998. Si este criterio se trasladara a la Ley, no cabe duda de que sería aplicable también la deducción del artículo 31 de la LIS sobre el 5 por ciento de la renta integrada en la base imponible. En cualquier caso, sorprende, en nuestra opinión, que este autor no se plantee la posible reducción proporcional del impuesto extranjero.

realización de trabajos en el extranjero del artículo 7 p) de la LIRPF³⁸⁵.

5. La irrelevancia del origen empresarial de las rentas subyacentes

Como ya hemos señalado a lo largo de este trabajo, el análisis de la Comisión Lagares de la exención por doble imposición económica internacional recomendó la introducción de un requisito de tributación mínima. No obstante, sin ningún aviso previo ni mayor análisis, el penúltimo párrafo de la justificación de la Propuesta núm. 43, añadía lo siguiente³⁸⁶:

"Ahora bien, si se estableciese en el régimen de exención para evitar la doble imposición internacional una tributación mínima por el impuesto extranjero que grave a la entidad participada, sería también razonable suprimir el requisito hoy vigente de la realización de una actividad empresarial en el extranjero, ya que se trata de una condición de difícil comprobación".

Y así fue. El artículo 21 de la Ley 27/2014 tuvo como otra de sus principales novedades la eliminación del requisito de realización de actividades empresariales en el extranjero, tradicional desde la primera introducción del método de exención en los artículos 130 y 30bis de la LIS de 1995.

³⁸⁵ De acuerdo con la consulta V2816-10 de 28 de diciembre, el importe a considerar a efectos del límite de la cuota española será "el de los rendimientos del trabajo percibidos por los trabajos realizados en Francia minorado en el importe de la exención regulada en el artículo 7 p) de la LIRPF que les corresponda", multiplicado añadimos nosotros, por el tipo medio efectivo de gravamen de la base imponible general, en aplicación del artículo 80.1 b) de la LIRPF.

³⁸⁶ Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos...* op. cit., pág. 205

El informe de la Comisión Lagares señalaba con lenguaje diplomático que este requisito era de difícil comprobación. No era así. Su comprobación administrativa era muy sencilla, ya que los órganos administrativos se limitaban a exigir al contribuyente español que demostrara el origen de las rentas en toda la cadena de participadas³⁸⁷. Lo que realmente era difícil con este requisito era la acreditación por el contribuyente del origen empresarial de las rentas, especialmente en caso de cadenas de participación con porcentajes indirectos que no otorgaran control de las entidades en cuestión.

Recordemos a estos efectos que el antiguo artículo 21 del TRLIS exigía que la entidad participada hubiera obtenido al menos el 85 por ciento de sus ingresos procedentes de actividades que cualificaran como actividades empresariales y se realizaran en el extranjero³⁸⁸. Estos requisitos se desarrollaban detalladamente en el apartado c) del artículo 21.1 a través de tres exigencias:

- (i) Realizarse en el extranjero, lo que implicaba, en general, que la entidad participada debía poseer una organización de medios materiales y humanos propia en un país distinto a España (la norma llegaba incluso a distinguir entre diversas clases de rentas empresariales a estos efectos, definiendo los requisitos para cada una);

³⁸⁷ Y en el caso de las rentas procedentes de la transmisión de participadas, además, en todos los años de tenencia de la participación, hasta 2012, y desde entonces, bajo una regla que atendía a si las plusvalías eran tácitas o expresas y a los años en que se generaron cada una durante el periodo de tenencia. Una regla muy compleja en sí misma.

³⁸⁸ Este porcentaje se introdujo con el Real Decreto-Ley 3/2000, de 23 de junio ya que hasta entonces el artículo 130 de la LIS de 1995 exigía una ratio de ingresos del 90 por ciento.

- (ii) Cualificar como actividades empresariales, lo que implicaba que los ingresos de la entidad participada no debían estar comprendidos entre las rentas citadas en el artículo 107.2 del TRLIS como susceptibles de ser incluidas en la base imponible por aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional; y
- (iii) Como cláusula de cierre, en el caso de dividendos de entidades participadas a segundo o ulterior nivel, debían cumplirse todos los requisitos del artículo 21, incluidos los dos anteriores relativos al origen extranjero y empresarial de sus rentas.

Como puede apreciarse, efectivamente se trataba de un requisito de difícil justificación y trazabilidad, que además presentaba diversos defectos que justificaban su eliminación³⁸⁹³⁹⁰. Por ello, la Comisión Lagares recomendaba

³⁸⁹ El defecto más obvio era su incompatibilidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en general, y las libertades de establecimiento y circulación de capitales en particular, dado que este requisito no se exigía en el artículo 30 del TRLIS para las participaciones en entidades residentes, constituyendo una restricción a las inversiones en otros Estados, miembros o no miembros. Así se señalaba en el ya citado dictamen motivado 2010/4111 y en el expediente de infracción publicado el 20 de junio de 2013. Ver el apartado 38 de la nota de prensa de la Comisión Europea anunciando el envío a España de una Opinión Razonada.

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEMO_13_583

La doctrina de la primera época de este siglo también había expresado sus dudas sobre la conformidad con el Derecho de la Unión Europea del tratamiento de algunas rentas empresariales, como las de comercio al por mayor, cuyos productos según la Ley no podían ponerse a disposición del comprador en España. Así, MARTÍN JIMÉNEZ señalaba que esta restricción, "podría entenderse incompatible con la libertad de circulación de mercancías consagrada en el Tratado de Roma. Ocorre lo mismo en relación a la libre prestación de servicios...". Cfr. A.J. MARTÍN JIMÉNEZ, *El régimen de las entidades...* op. cit., págs. 997 y 998. Asimismo, este autor destacaba que las exigencias similares que contenía el régimen de la Zona Especial Canaria, tuvieron que ser modificadas en el proyecto presentado a la Comisión Europea para su aprobación en dichas fechas, por su posible vulneración de estos principios. *Ibidem*, pág. 998, nota al pie 49.

³⁹⁰ Otras objeciones fueron con la propia Directiva matriz-filial, cuyo artículo 4 al establecer el método de exención no ha distinguido nunca

un enfoque alternativo: si era tan complicado verificar el origen empresarial de las rentas, había que cambiar el criterio, de forma que cualquier renta que se percibiese como dividendos debía haber soportado una tributación mínima del 10 por ciento.

Este nuevo enfoque era, sin duda alguna, mucho más práctico y, sobre todo, coherente con el método de exención por cuanto lo que buscaba era la existencia de una tributación mínima que justificara la eliminación de la doble imposición resultante. Sin embargo, perdió gran parte de su sentido cuando el legislador decidió combinarlo con el requisito de tributación comparable hasta entonces vigente (de forma que la mera existencia de un convenio de doble imposición eliminó la necesidad de la tributación mínima) pero a pesar de ello suprimió la exigencia del origen empresarial de los dividendos.

SANZ GADEA³⁹¹ señala que en el artículo 21 existe una general irrelevancia de la naturaleza de la renta subyacente que rompe con la política del legislador del año 2000 sobre los dividendos de fuente extranjera y que podría fomentar la deslocalización de rentas pasivas a territorios de baja

en función de las actividades de las filiales, como señalan B. TERRA y P. WATTEL, *European... op. cit.*, pág. 250. O incluso como apuntaba CALDERÓN CARRERO con el propio Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio ("GATT" por sus siglas en inglés), por considerarse como un subsidio a la exportación, expresamente prohibido por el art. XVI.4 del GATT de 1994, en la medida en la que incentivaba la realización de actividades empresariales en Estados con tributación más reducida que la española. Cfr. J.M. CALDERÓN CARRERO, *La doble imposición internacional y los métodos... op. cit.*, págs. 177 y 178. Esta fue una cuestión ampliamente debatida en la doctrina especialmente en lo relativo a la polémica entre la Unión Europea y Estados Unidos a principios de siglo sobre la exención aplicable a rentas empresariales obtenidas por las *Foreign Sales Corporations* estadounidenses y que ocasionó una decisión de la Organización Mundial del Comercio a favor de la UE. Un buen resumen puede consultarse en LARKINS, E.R., *WTO ruling: Towards the end of the FSC?*, *The Journal of International Taxation*, enero, 2000, págs. 22 y ss.

³⁹¹ Cfr. SANZ GADEA, E., *El resultado financiero...(II)*, *op. cit.*, pág. 14.

tributación pero con convenio de doble imposición con España³⁹². Con todo, esta apreciación pasaba por alto, como ha señalado LÓPEZ POMBO³⁹³, el endurecimiento que la Ley 27/2014 realizó en la norma de transparencia fiscal internacional que mitigaba esta posibilidad.

En nuestra opinión, la irrelevancia de las rentas subyacentes ha sido expresamente deseada por el legislador. En primer lugar, porque la única forma de incorporar este requisito de forma expresa en la Ley habría sido extendiéndolo también a los dividendos de fuente interna haciéndola más restrictiva, algo que como destaca GARCÍA-ROZADO³⁹⁴ no era compatible con las medidas necesarias para la recuperación de la economía, que subyacían a la reforma de 2014. Y, en segundo lugar, porque como señalábamos en el capítulo anterior, el legislador decidió adoptar un enfoque práctico de la doble imposición, asumiendo que la misma se producía cuando las rentas procedían de un país con convenio o exigiendo en su caso el 10 por ciento de tributación mínimo, con el objetivo de no obstaculizar la internacionalización de la empresa española.

Sin embargo, la supresión del antiguo apartado c) del artículo 21 conllevó dos consecuencias adicionales.

³⁹² GARCÍA-ROZADO, por su parte, considera que el requisito pasó a tener una formulación negativa mediante la exclusión de las sociedades patrimoniales y de las entidades sometidas a transparencia fiscal internacional. Cfr. GARCÍA-ROZADO, B., *Medidas unilaterales españolas... op. cit.*, pág. 180. Siendo cierta esta afirmación, no debemos olvidar que estas exclusiones se realizaban en el apartado 5 solo en relación con las rentas derivadas de la transmisión de las participaciones de estas entidades, no de sus dividendos (y en el caso concreto de las sociedades patrimoniales, queda exento el importe equivalente al incremento de reservas que acumulen).

³⁹³ Cfr. LÓPEZ POMBO, D., *Corrección de la doble imposición... op. cit.*, pág. 421.

³⁹⁴ Cfr. GARCÍA-ROZADO, B., *Medidas unilaterales españolas... op. cit.*, pág. 180.

Una primera, la eliminación de la cláusula de tributación de los dividendos obtenidos de entidades participadas a segundo y ulterior nivel. Como ya hemos comentado, el legislador, advertido de esta circunstancia, la traspuso en los dos párrafos del final del apartado b) sobre los que ya hemos comentado anteriormente en el epígrafe 4 del Capítulo 3 y a los que nos remitimos.

Y una segunda que entendemos que pasó desapercibida para el legislador: la descoordinación con el régimen especial de la transparencia fiscal internacional³⁹⁵, cuestión que por su trascendencia abordamos en un epígrafe específico a continuación.

6. La (des)coordinación con la transparencia fiscal internacional

La transparencia fiscal internacional es una regla anti-abuso incluida en el artículo 100 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades desde 1994 con el objetivo de evitar el diferimiento que se produciría al acumular rentas, normalmente de carácter no empresarial ("rentas pasivas" en su denominación coloquial) en una entidad residente en un territorio de baja tributación que no las distribuiría a España o las distribuiría únicamente en un momento muy posterior, difiriendo así el devengo del impuesto y transformando su naturaleza en dividendos (rentas que *per se*

³⁹⁵ Una posible explicación podría encontrarse en la escasa capacidad recaudatoria del régimen de la transparencia fiscal internacional, que en 2012 (últimas estadísticas existentes al elaborar el Anteproyecto de la LIS) había sido aplicado únicamente por 12 contribuyentes, con unos ajustes positivos totales de 3.025.167 euros. Estas informaciones están disponibles en la página web de la AEAT → Estadísticas → Estadísticas por Impuesto → Impuesto sobre Sociedades → Estadísticas por partidas del impuesto sobre sociedades → Estadísticas del año 2012 → Resumen Liquidación Total → Correcciones al resultado contable (aumentos), casilla 387.

están sometidas a un régimen fiscal distinto a las rentas pasivas)³⁹⁶.

Para evitar esta modalidad de planificación fiscal, y previo cumplimiento de unos requisitos de participación mínima del 50 por ciento y tributación en el extranjero inferior a un 75 por ciento de lo que se habría tributado en España, el artículo 100 de la LIS obliga al contribuyente residente en España a realizar un ajuste extracontable positivo a su base imponible para imputarse directamente esas rentas pasivas acumuladas en una filial de cualquier nivel. Luego, en caso de posterior distribución real de las mismas, el apartado 10 de este precepto ordena la no integración en la base imponible de los dividendos en cuestión para evitar la doble imposición que habría surgido.

Como puede apreciarse, el legislador concibe estos supuestos en forma similar a una distribución de beneficios presunta, hasta el punto de que el apartado 11 del artículo 100 permite la deducción del impuesto subyacente soportado por las rentas objeto de imputación en la base imponible del contribuyente español, con remisión expresa a las reglas del artículo 32.3 de la LIS, y con la excepción de los impuestos satisfechos en paraísos fiscales.

³⁹⁶ En relación con esta norma se ha escrito mucho por la doctrina, pero podemos destacar tres autores en particular que han dedicado buena parte de su obra al análisis de la transparencia fiscal internacional. Nos referimos a SANZ GADEA, ALMUDÍ CID y CRUZ PADIAL. Entre su amplia producción, destacaríamos, SANZ GADEA, E., *Transparencia fiscal internacional*. En VV.AA. "Manual de Fiscalidad Internacional", Vol. II, 4ª ed., 2016, Instituto de Estudios Fiscales, págs. 1345 y ss.; ALMUDÍ CID, J.M., *El régimen antielusivo de transparencia fiscal internacional*, en VV.AA. "Fiscalidad Internacional", *op. cit.*, págs. 1255 y ss.; y CRUZ PADIAL, I., *Transparencia fiscal internacional: régimen general e interrelación con los Convenios de Doble Imposición*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Esta concepción de estas rentas como "dividendos ficticios", si se nos permite, nos lleva a plantearnos cómo se articulan las relaciones entre el artículo 100 y el artículo 21 de la LIS, o en otras palabras si la nueva redacción del artículo 21 puede influir de alguna forma en la regulación de la transparencia fiscal internacional. Para resolver esta pregunta es necesario, previamente, entender bien la relación entre el método de exención y la transparencia fiscal desde 1996.

6.1. Antecedentes

Exceptuando cambios de numeración consecuencia de las diversas leyes habidas desde 1996 (artículo 121 de la LIS de 1995 y artículo 107 bajo el TRLIS), así como algunas cuestiones técnicas menores relativas a paraísos fiscales y a las antiguas sociedades patrimoniales, podemos afirmar que la normativa de la transparencia fiscal internacional no experimentó grandes cambios entre 1996 y 2014. En general, el esquema era el apuntado más arriba: la entidad residente en España debía imputarse en su base imponible las rentas pasivas obtenidas por su filial en proporción a su participación si se cumplían dos requisitos: (i) una participación mínima del 50 por ciento y (ii) una tributación en el extranjero inferior al 75 por ciento de la que habría resultado al aplicar la norma española.

Posteriormente, en caso de distribución de un dividendo correspondiente a las rentas pasivas ya imputadas, el apartado 8 de dichos preceptos establecía que el dividendo debía ignorarse para no generar doble imposición jurídica, a través del correspondiente ajuste negativo que eliminara el ingreso contable del dividendo, permitiéndose, en virtud

del apartado 9, la deducción del potencial impuesto subyacente para así eliminar la doble imposición económica.

En cambio, la normativa relativa al método de exención tuvo una evolución distinta. Inicialmente, tanto los artículos 30bis como el 130 en las redacciones dadas por el Real Decreto-Ley 8/1996³⁹⁷ contenían un párrafo de redacción prácticamente idéntica casi al final de su redacción (el 6 en el artículo 30bis y el 5 en el 130) en el que abordaban la relación entre el método de exención y la norma de transparencia fiscal internacional (el artículo 121 de la LIS de 1995), desde una perspectiva de exclusión:

*"Cuando la entidad participada cumpla los requisitos previstos en el apartado 1 [ó 3] y, simultáneamente, obtenga rentas de las previstas en el apartado 2 del artículo 121 de esta Ley, será de aplicación lo dispuesto en dicho artículo 121 en relación con las mencionadas rentas, aplicándose lo dispuesto en el presente artículo respecto del resto de las rentas obtenidas por la entidad participada."*³⁹⁸

Esto es, en un contexto en el que se había producido una distribución de dividendos por parte de una entidad

³⁹⁷ La primera redacción del artículo 130 de la Ley 43/1995 exigía específicamente entre las condiciones para la exención de las ETVEs que la filial no obtuviera rentas pasivas bajo el régimen de transparencia fiscal internacional, lo que en opinión de FALCÓN Y TELLA daba a este régimen un carácter penalizador. Cfr. *Capítulo IV... (1997), op. cit.*, pág. 193. Sin embargo, dado que en la práctica esta redacción se modificó con el Real Decreto-Ley 8/1996 y el régimen de las ETVEs no empezó a aplicarse hasta 1997, como consecuencia del retraso en la publicación del RIS que regulaba la forma de solicitarlo, la redacción inicial de la Ley nunca llegó a tener efectividad práctica.

³⁹⁸ Asimismo, las dos normas incluían párrafos específicos para evitar el lavado de reservas originadas antes de 1994, pero distribuidas con posterioridad. Si los dividendos procedían tanto de rentas pasivas como de rentas empresariales, se entendía que las primeras rentas distribuidas fueron las pasivas que, por tanto, debían integrarse en la base imponible, salvo disposición distinta del acuerdo social de distribución.

participada (único caso en el que podría ser de aplicación la norma de exención), la ley obligaba a analizar las rentas de la filial que habían originado esos dividendos, de forma que cuando procediesen de actividades empresariales se aplicase la exención por la parte correspondiente a las mismas. En cambio, si las rentas subyacentes fueran rentas pasivas mencionadas en el artículo 121.2 de la LIS de 1995, entonces no se les aplicaba la exención.

De esta forma se garantizaba que una renta que pudiera haber caído bajo el régimen de la transparencia fiscal internacional (pero que no lo hubiera hecho debido, por ejemplo, a la existencia de una participación inferior al 50% en el capital o derechos de voto) no pudiera quedar exenta en caso de distribución vía dividendos desde la entidad participada en cuestión. Todo ello, sin perjuicio, por supuesto, de que, si se cumpliesen el resto de los requisitos del artículo 121, dichas rentas debían integrarse en la base imponible del contribuyente español proporcionalmente a su participación y el dividendo no quedaría exento bajo los artículos 30bis.5 y 130.6 de la LIS de 2014. Como puede verse, en este contexto normativo la coordinación entre ambos regímenes era absoluta.

No obstante, la norma tenía una redacción muy confusa, que propició diversas discusiones en la doctrina científica sobre el alcance concreto de la referencia al apartado 2 del artículo 121³⁹⁹. Quizá por ello la reforma del Real Decreto-Ley 3/2000 cambió por completo el enfoque, olvidándose de regular la relación entre el método de exención y la transparencia fiscal internacional como dos regímenes

³⁹⁹ Así, MARTÍN JIMÉNEZ y DIAZ ARIAS sostenían que la referencia al artículo 121 permitía la aplicación de los límites del apartado 3, posibilidad que negaba, por ejemplo, CARREÑO. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *El régimen de las entidades...* op. cit., pág. 1010 y 1011, DIAZ ARIAS, J.M., *El nuevo Impuesto sobre Sociedades...* op. cit., pág. 264 y CARREÑO, F., *Régimen de las entidades...* op. cit., pág. 2219.

alternativos entre sí, y convirtiendo la norma de transparencia fiscal internacional en una definición negativa del requisito de realización de actividades empresariales por la filial extranjera.

El artículo 20bis.1 c) a') decía así:

"c) Que los beneficios que se reparten o en los que se participa procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero.

Sólo se considerará cumplido este requisito cuando al menos el 85 por 100 de los ingresos del ejercicio correspondan a:

a') Rentas que se hayan obtenido en el extranjero y que no estén comprendidas entre aquellas clases de renta a que se refiere el apartado 2 del artículo 121 como susceptibles de ser incluidas en la base imponible por aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional..."

Este criterio, que se mantuvo durante toda la vigencia del TRLIS hasta 2014, resolvía las dudas anteriores, dejando claro que si la entidad participada obtenía rentas que se mencionaran bajo el apartado 2 del artículo 121 (artículo 107 bajo el TRLIS), las mismas no cualificarían como actividades empresariales a efectos del cumplimiento del requisito del 85 por 100 (o lo que era lo mismo, formarían parte del 15 por 100 restante de actividades no empresariales).

Como puede advertirse, esta nueva norma no modificaba sustancialmente el esquema anterior. Con la nueva redacción también se perseguía que una renta que habría caído bajo la

aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional, pero no lo había hecho por alguna razón (por ejemplo, por no cumplirse el requisito de participación o de tributación comparable) no pudiera quedar exenta en caso de distribuirse como dividendos⁴⁰⁰ y, por supuesto, la propia redacción de los artículos 20bis (y 21 bajo el TRLIS) impedía la exención de los dividendos procedentes de rentas pasivas.

Este enfoque era coherente con el espíritu del artículo 20bis (y posterior artículo 21) nacido del Real Decreto-Ley 3/2000, un artículo que reguló mucho mejor las condiciones para la exención y, en particular, la realización de actividades empresariales pero que necesitaba de una definición de este tipo de rentas, que el legislador encontró en los artículos reguladores de la transparencia fiscal internacional.

6.2. La situación en la redacción inicial de la Ley 27/2014

Como hemos señalado, la entrada en vigor de la Ley 27/2014 trajo consigo la eliminación del requisito de realización de actividades empresariales a partir de 2015, pero también otra modificación que pasó más desapercibida, esto es, la ausencia explícita de una norma que regule la relación en el artículo 21 entre la transparencia fiscal internacional y la exención de los dividendos⁴⁰¹, de forma que, en principio, ambos regímenes se podrían aplicar indistintamente.

⁴⁰⁰ Decimos perseguía porque lo cierto es que la exención de rentas pasivas se podía conseguir si las mismas no excedían el 15 por ciento de los ingresos de la filial distribuidora en cuestión, en cuyo caso automáticamente todos los dividendos recibidos se consideraban como procedentes de actividades empresariales.

⁴⁰¹ Nótese que como señalábamos anteriormente, el artículo 21 sí contiene un párrafo que regula las relaciones con la transparencia fiscal internacional, en concreto, el párrafo 5, pero el mismo es de aplicación única y exclusivamente a la exención prevista en el apartado 3 del

Como hemos visto al analizar el requisito de tributación efectiva del artículo 21 de la LIS, nada impide a priori que un dividendo de una entidad participada entre el 5 y el 50 ciento y que proceda de rentas gravadas a un tipo nominal inferior al 18,75 por ciento⁴⁰² pueda quedar exento si existe un convenio de doble imposición en vigor con dicho país o, incluso, si el impuesto extranjero sobre la renta tuviera un tipo nominal igual o superior al 10 por ciento⁴⁰³, incluso en el caso de que derive en su totalidad de rentas pasivas, siempre y cuando no proceda de un paraíso fiscal.

La cuestión que se plantea bajo la regulación de la LIS es si ese mismo dividendo también debería quedar exento cuando la participación sea igual o superior al 50 por ciento y por tanto la renta pasiva en cuestión haya sido imputada en aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional⁴⁰⁴.

artículo 21, esto es a las ganancias derivadas de la transmisión de participaciones.

⁴⁰² Convirtiendo la tributación efectiva inferior al 75 por ciento a tipos nominales ello daría un 18,75 por ciento, que es el tipo que comúnmente se considera como límite para la aplicación de esta norma anti-abuso. En cualquier caso, debe notarse que dada la redacción de la norma incluso un impuesto extranjero con un tipo nominal más elevado pero con bonificaciones en la cuota podría resultar en la aplicación de la transparencia fiscal internacional por resultar en una tributación efectiva inferior al 75 por ciento de la española.

⁴⁰³ Una búsqueda en bases de datos públicas permite identificar diversos países con los que España no tiene convenio de doble imposición en vigor, y cuyos impuestos sobre sociedades tienen tipos nominales iguales o superiores al 10 por 100, pero inferiores al 18,75 por 100. Es el caso, por ejemplo, de Paraguay (10 por 100), pero también de Bielorrusia (18 por 100), Iraq (15 por 100) o Kirguistán (10 por 100).

⁴⁰⁴ Esta argumentación se encontraría, no obstante, con un problema en el esquema de liquidación del impuesto, dado que la renta imputada lo habrá sido normalmente en un periodo impositivo X anterior (argumento ex artículo 100.8 de la LIS), y la exención tendrá lugar, en su caso, con la posterior distribución del dividendo, en un ejercicio X+1 en el que el contribuyente además registrará un ingreso contable (el dividendo) que también sería preciso eliminar. A estos efectos, pues, se plantearían dos alternativas, ninguna de las cuales está expresamente recogida en la Ley: (i) rectificar en el ejercicio X+1 la liquidación del ejercicio X para anular la imputación (con la correspondiente interrupción de la prescripción) y ajustar negativamente el dividendo en el ejercicio X+1;

Dado que las técnicas de la transparencia fiscal internacional (incluir una renta en la base imponible) y de la exención (excluir una renta de la base imponible) son incompatibles entre sí, la posible aplicación de ambas normas sobre una misma renta económica genera la duda de cuál debería ser la preeminente entre las dos.

La evolución de esta cuestión en la normativa española que acabamos de citar muestra que el legislador ha venido tradicionalmente dando prevalencia a la normativa de transparencia fiscal internacional sobre la norma de exención. Podría pensarse que ello se debe a que la primera norma tiene como objetivo gravar adecuadamente la capacidad económica de los contribuyentes y evitar el diferimiento fiscal sobre rentas pasivas acumuladas en territorios de baja tributación, mientras que el método de exención del artículo 21 únicamente pretende gravar de forma correcta las rentas de fuente extranjera y promover la internacionalización de la empresa española.

Desde esta perspectiva, los fines de la transparencia fiscal internacional serían más importantes que los de la exención y, por tanto, justificarían que no se aplicara esta última. Sin embargo, esta perspectiva, olvida que el método de exención es también consecuencia de los principios de capacidad económica, no confiscatoriedad e igualdad, que la preeminencia de la transparencia fiscal internacional ha tenido lugar siempre en un contexto en el que las diversas

o (ii) practicar dos ajustes negativos en el ejercicio X+1 (uno por el artículo 21 y otro por el artículo 100.10 de la LIS) con el fin de restablecer la situación de no tributación de este dividendo y sus rentas subyacentes imputadas. La solución no sería baladí, ya que la primera alternativa podría ser imposible de implementar en la práctica por problemas de prescripción en aquellos casos en los que el dividendo se haya distribuido a partir del ejercicio X+4.

redacciones legales exigían que las rentas subyacentes tuvieran origen empresarial y que bajo la Ley 27/2014 el artículo 21 hace caso omiso del origen de las rentas en cuestión, aplicándose con independencia del origen pasivo de las rentas subyacentes.

No es esta la perspectiva a utilizar para abordar esta cuestión. No debemos olvidar que ya en los albores de este siglo el "Informe Primarolo" destacaba (a efectos del análisis de los regímenes holding) la necesidad de controlar la aplicación de las exenciones de dividendos (y rentas de la transmisión de participaciones) a través de la normativa de transparencia fiscal internacional, so pena de considerar el régimen holding en cuestión como un régimen de tributación perjudicial⁴⁰⁵.

La respuesta se encuentra en el principio de especialidad enunciado por ALMUDÍ CID⁴⁰⁶. En opinión de este autor:

"... la nueva versión del mecanismo de exención para la corrección de la doble imposición económica responde precisamente a la necesidad de adecuar la normativa española al Derecho originario de la UE, eliminándose de este precepto el requisito de que la renta proceda de una actividad empresarial. No obstante, no debe perderse de vista que la eliminación del citado requisito no es óbice para la aplicación preferente del régimen de transparencia fiscal internacional, previsto en el artículo 100 de la LIS, mediante el que, como se desarrolla en otro capítulo de esta obra, de acuerdo con su configuración vigente resultan susceptibles de

⁴⁰⁵ Cfr. Code of Conduct. (Business taxation)... op. cit., párrafo 48.

⁴⁰⁶ Cfr. ALMUDÍ CID, J.M., *El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros*. En VV.AA. "Fiscalidad Internacional", 6ª ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2015, pág. 1.972.

imputarse tanto rendimientos empresariales como un amplio elenco de rentas pasivas, limitándose los efectos del régimen de exención que nos ocupa cuando se verifiquen todos los requisitos previstos para la aplicación de la mencionada norma antiabuso específica.”

Y es que de acuerdo con el artículo 42.2⁴⁰⁷ de la LIS, las normas de los regímenes especiales, como el de transparencia fiscal internacional del artículo 100, tienen carácter preferente respecto a las de otros títulos, como el artículo 21 por lo que cualquier colisión entre ambos preceptos debe resolverse en favor del artículo 100.

Esta perspectiva de especialidad ha sido utilizada también por SANZ GADEA, quien considera que la solución se encuentra en el apartado 10 del artículo 100 (equivalente al antiguo apartado 8 de los artículos 107 y 121), que ordena ignorar el dividendo, dado que el mismo constituye una regla especial, frente al artículo 21, que sería la regla general aplicable precisamente a los dividendos⁴⁰⁸.

Sin embargo, este autor no advierte que el artículo 100.10 es realmente una regla para evitar la doble imposición jurídica resultante de la doble inclusión de la misma renta (primero por la imputación y luego por el dividendo) en el contribuyente español, y el caso que planteamos es realmente un caso de doble imposición económica (tributación por la imputación de la renta en el contribuyente español y por esa

⁴⁰⁷ La norma tiene la siguiente redacción: “2. Las normas contenidas en este título se aplicarán, con carácter preferente, respecto de las previstas en el resto de títulos de esta Ley, que tendrán carácter supletorio.”

⁴⁰⁸ Cfr. SANZ GADEA, E., *La Directiva anti-abuso (II): la transparencia fiscal internacional*. Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, n° 406, 2017, pág. 34 y *Transparencia fiscal internacional*, op. cit., pág. 1401.

misma renta subyacente al dividendo distribuido en la entidad participada a un tipo nominal superior al 10 por ciento).

La respuesta correcta está, creemos, en el apartado 11 del artículo 100 que se ocupa precisamente de los problemas de doble imposición económica para los que solo prevé la posibilidad de deducir el impuesto subyacente, sin hacer mención alguna al método de exención, lo que parece reflejar la intención del legislador. En consecuencia, cualquier distribución de un dividendo futuro lo habrá sido de una renta que ya debería haber eliminado la doble imposición económica en el mismo momento de su imputación a través del método de imputación del impuesto subyacente, método no tan eficiente como el de exención en algunos casos, pero probablemente el único adecuado, en la opinión del legislador, para su utilización en una regla anti-abuso que pretende la imputación de rentas pasivas no procedentes de actividades económicas.

6.3. La relación tras la futura transposición de la Directiva anti-abuso

Otra cuestión a analizar es la relación concreta entre el método de exención y la nueva redacción de la transparencia fiscal internacional que surgirá una vez se implemente en nuestro ordenamiento las disposiciones de la "Directiva 2016/1164, de 12 de junio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior", (también conocida como Directiva anti-abuso, o Directiva ATAD en inglés) y que en el momento de escribir estas líneas se encuentra en tramitación en sede parlamentaria.

Aunque el análisis concreto de esta Directiva, que aborda cuestiones muy diversas, excede con mucho del ámbito de este trabajo⁴⁰⁹, es cierto que la misma contiene dos artículos, el 7 y el 8, que tienen por objetivo armonizar la regulación del régimen de transparencia fiscal internacional en la Unión Europea y que, como tales, definen tanto las "sociedades extranjeras controladas" como las rentas de las mismas que deben imputarse a sus entidades matrices residentes en los Estados miembros.

Así, en relación con las sociedades extranjeras controladas, el artículo 7.1 respeta en general el criterio del 50 por ciento de participación directa o indirecta o derechos de voto del artículo 100.1 a) de la LIS, pero delimita la tributación máxima de la sociedad controlada en un 50 por ciento de la que habría soportado en el Estado de su matriz. Esto es, la Directiva fija la tributación mínima de la entidad participada en función de tipos efectivos⁴¹⁰ (que en el caso de nuestro país ascendería al 12,5 por ciento), si bien dado que este tipo de normas se caracteriza como una norma de mínimos, su artículo 3 permite a los Estados miembros aplicar medidas "dirigidas a salvaguardar un nivel

⁴⁰⁹ Para un completo análisis de las implicaciones de esta Directiva, puede acudir a LÓPEZ RIBAS, S., *Directiva contra las prácticas de elusión fiscal*. Carta Tributaria, n° 17-18, 2016; SANZ GADEA, E., *La Directiva anti-abuso*, Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, n° 403, 2016 y *La directiva antiabuso*. En VV.AA. "Fiscalidad Internacional", Vol. 2, 7ª ed., Edit. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2019, págs. 1327 y ss.; CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS?*, Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, n° 407, 2017; CRUZ PADIAL, I., *Transparencia fiscal internacional: una realidad inacabada*. Crónica Tributaria, n° 166, 2018; y ALMUDÍ CID, J.M., *La armonización de las normas de imputación de rentas de entidades extranjeras controladas en la Unión Europea*. En VV.AA. "La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea", Edit. Aranzadi, 2018.

⁴¹⁰ Así lo destacan, por ejemplo, CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *La Directiva UE 2016/1164... op. cit.*, pág. 39.

de protección más elevado de las bases imponibles del impuesto sobre sociedades"⁴¹¹.

Y, en relación, con las rentas a imputar en la base imponible de los contribuyentes, el apartado a) del artículo 7.2 menciona fundamentalmente rentas de naturaleza no empresarial, o pasivas⁴¹², incluyendo los dividendos.

Por su parte, el artículo 8 se ocupa de las reglas concretas de imputación de la renta extranjera al contribuyente.

La compatibilidad concreta de la nueva normativa de transparencia fiscal internacional con el método de exención del artículo 21 de la LIS podría abordarse desde dos ángulos distintos. El primero lo suscita LÓPEZ POMBO⁴¹³ cuando se plantea sin mayor concreción si la regla definitoria de la comparabilidad de los convenios de doble imposición del artículo 21.1 b) puede ser coherente con el espíritu de los artículos 7 y 8 de esta Directiva.

Dado que el autor no lo desarrolla suficientemente, intuimos que su razonamiento estaría relacionado con el hecho de que dividendos procedentes, mayoritaria o exclusivamente, de rentas pasivas puedan no soportar tributación efectiva como consecuencia de la existencia de un convenio de doble imposición con el país de residencia de la entidad en

⁴¹¹ Y, de hecho, así parece que lo hará el legislador, que al transponer la Directiva ATAD en el Proyecto de Ley contra el fraude fiscal sigue exigiendo el porcentaje tradicional de tributación mínima del 75 por ciento.

⁴¹² Alternativamente, el apartado b) del artículo 7.2 de la Directiva concede a los Estados miembros la opción de imputar las rentas no distribuidas por la sociedad controlada cuando las mismas deriven de mecanismos falseados establecidos con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal. Sin embargo, el legislador español no ha ejercitado esta opción.

⁴¹³ Cfr. LÓPEZ POMBO, D., *Corrección de la Doble Imposición... op. cit.*, pág. 430, nota al pie 92.

cuestión, lo que no respetaría la regla de imputación obligatoria de las rentas pasivas de la Directiva.

Si bien este argumento sería interesante, en nuestra opinión estaría desenfocado. Los artículos 7 u 8 de la Directiva regulan las condiciones para la imputación y el cómputo de la renta, pero no contienen ninguna regla que impida que el Estado del contribuyente conceda una exención para alguna renta pasiva concreta. De hecho, el artículo 7.1 b) establece que la comparación del gravamen efectivo en el extranjero debe realizarse precisamente con la normativa del Estado del contribuyente, que puede perfectamente contener exenciones o bonificaciones que hagan inaplicable la transparencia por no ser el impuesto de la entidad extranjera inferior al 50 por 100 del impuesto del contribuyente (por ejemplo, la reducción de las rentas procedentes de determinados activos intangibles del artículo 23 de la LIS).

Pero es que, además, no debemos olvidar que el artículo 21 puede tener un ámbito de aplicación muy amplio y distinto al de la normativa de transparencia fiscal internacional, puesto que esta última se aplica únicamente a participaciones iguales o superiores al 50 por 100 y el artículo 21 se aplica a participaciones superiores al 5 por 100. Si hubiera algún tipo de incompatibilidad entre el artículo 21 y la Directiva, la misma solo podría tener lugar para participaciones iguales o superiores al 50 por 100, y en ese caso, en principio sería prevalente la aplicación de la Directiva, cuyos artículos 8.5 y 8.7 contienen una regla similar a la de los párrafos 10 y 11 del artículo 100 de la LIS antes citados, obligando a deducir el importe de las rentas previamente imputadas del de los dividendos recibidos y el de los impuestos (sobre sociedades, se entiende) pagados de la deuda tributaria resultante de la imputación.

En el fondo, lo que creemos que mueve a este autor es lo mismo que ya anticipábamos en el epígrafe anterior: la incoherencia de disponer de un régimen de transparencia fiscal internacional que obliga a imputar las rentas pasivas obtenidas por las filiales en las que se participa de forma mayoritaria, y al mismo tiempo de un método de exención que permite la no tributación de las rentas pasivas que se perciban vía dividendos de participaciones minoritarias.

Mencionábamos antes que existían dos ángulos de análisis de esta normativa. El segundo de ellos es, precisamente, el de la propia tributación de los dividendos a partir de la transposición de la Directiva. Hasta la fecha, el artículo 100.3 de la LIS incluye como rentas pasivas imputables al contribuyente las rentas procedentes de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad en los términos previstos en el apartado 1 del artículo 25 de la LIRPF⁴¹⁴, pero los excluye en virtud de cláusulas de salvaguarda de los subapartados 1º, 3º y 4º (ciertas actividades económicas) o del apartado 4 (actividades propias de entidades holding). Asimismo, el test de comparabilidad de tributaciones del apartado 1 b) del artículo 100 de la LIS venía a evitar la imputación de los dividendos de entidades holding, cuando se cumplían todos los requisitos del artículo 21 respecto a las entidades participadas en cuestión.

Nótese, sin embargo, que el Proyecto de Ley contra el fraude fiscal actualmente en tramitación tiene previsto eliminar completamente el apartado 4 anterior. Esta eliminación se

⁴¹⁴ Llama la atención que el artículo 100 de la LIS siga haciendo uso de una remisión a la normativa del IRPF cuando desde 2015 ya se incluye un concepto de dividendos en el artículo 21.2 de la Ley.

justifica en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo correspondiente con los siguientes argumentos:

"El motivo de la eliminación es que este supuesto de exclusión no está recogido expresamente en la Directiva y, en principio, no parece poder ampararse en el supuesto general de exclusión relativo a la realización de actividades económicas en la medida en que disponer de una organización de medios materiales y personales para la gestión de las participaciones no supone que se lleve a cabo una actividad económica, según el alcance de este concepto en la normativa del Impuesto y la interpretación dada al mismo por la Dirección General de Tributos.

(...)

En conclusión, la incorporación de los dividendos y rentas obtenidas en la transmisión de acciones en la norma de transparencia fiscal internacional de la LIS se lleva a cabo para cumplir con el nivel mínimo de protección de la base imponible que los Estados miembros deben transponer a su normativa del Impuesto sobre Sociedades, sin que quepan excepciones para tales rentas, dado que no se regula excepción alguna en la Directiva. Por esta razón se ha entendido que la supresión de la excepción contenida en el artículo 100.4 de la LIS responde a la correcta transposición del artículo 7 de la Directiva. Lo contrario supondría vulnerar el carácter de protección mínima de la base imponible que establece la Directiva.

(...)

En todo caso, las consecuencias prácticas de la eliminación de este supuesto son muy reducidas ya que, de acuerdo con lo previsto en la ley española (apartado 8 del artículo 100, siguiendo en este punto a la

Directiva), el importe de las rentas positivas a imputar se calculará conforme a los principios y criterios establecidos en la LIS y en las restantes disposiciones relativas a este Impuesto para la determinación de la base imponible.

En este sentido, si se tiene en cuenta el supuesto de exención previsto en el artículo 21 de la LIS, tanto para los dividendos como para las rentas procedentes de transmisiones de participaciones, en la gran mayoría de los casos a los que se refiere el vigente apartado 4 del artículo 100 existe un supuesto de exención y, por ello, no es posible la aplicación del régimen de transparencia a las correspondientes rentas ya que no se cumpliría en caso alguno el requisito previsto en la letra b) del apartado 1 del artículo 100.”⁴¹⁵

En nuestra opinión, estos argumentos son discutibles, al menos por dos razones. Una, porque contra lo que señala la Memoria, nada en la Directiva obliga a eliminar esta exclusión, y otra porque la ausencia de efecto práctico no es tan clara en algún caso, como ahora desarrollaremos.

En relación con el argumento de la Directiva, esta cuestión ya fue resuelta por el Consejo de Estado en su dictamen n° 279/2020, de 15 de julio⁴¹⁶ con base en dos argumentos en nuestra opinión acertados:

⁴¹⁵ Similares argumentos sobre la falta de efecto práctico utilizan CRUZ PADIAL, I., *Transparencia fiscal internacional... op. cit.*, págs. 94 y 102 y DE JUAN CASADEVALL, J., *La transparencia fiscal internacional en la Unión Europea*. Quincena Fiscal, n° 15-16, 2018, sección V (recurso electrónico), así como SANZ GADEA, E., *La Directiva anti-abuso (II)... op. cit.*, pág. 44.

⁴¹⁶ Cfr. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2020-279>, págs. 41 y 42.

- El artículo 7.2 de la Directiva no conduce necesariamente a la conclusión de que las actividades de una sociedad holding no son una actividad económica, siempre que cuente para ellos con los medios materiales y personales suficientes para realizar dicha actividad (como precisamente pedía el artículo 100.4 de la LIS); y
- El concepto de actividad económica que maneja el TJUE al analizar la libertad de establecimiento (p.e. recientemente en la sentencia de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16, Eqiom SAS (anteriormente Holcim France SAS) y Enka SA vs Ministre des Finances et des Comptes publics) incluye las actividades económicas pasivas o puramente inversoras, siempre que la actividad realizada por la entidad extranjera sea real y no constituya una implantación ficticia o un montaje puramente artificial.

En relación con la ausencia de efecto práctico, la misma depende de cómo se resuelva la discusión apuntada en el epígrafe 2.2.1. anterior sobre el porcentaje concreto de la exención.

Como decíamos más arriba, en nuestra opinión, el artículo 21 contiene una exención plena, del 100 por 100 de la renta, por lo que en este caso sería completamente cierto que no habría efecto práctico alguno en la eliminación de las cláusulas de salvaguarda citadas, dado que el test de comparabilidad del apartado 1 b) del artículo 100 evitaría imputación alguna.

En cambio, defender que el porcentaje concreto de la exención a partir del 1 de enero de 2021 sería del 95 por ciento

conllevaría una serie de problemas prácticos importantes, que tratamos de explicar a continuación:

- En primer lugar, se produciría la imputación del dividendo obtenido por la entidad participada, dado que en ausencia de cláusulas de salvaguarda, el test de comparabilidad de la tributación extranjera se debería realizar contra una renta que habría tributado en España al 1,25 por ciento (5 por ciento por 25 por ciento) y, en consecuencia, los dividendos percibidos por cualquier filial extranjera, radicada incluso en países de alta tributación, que estuvieran exentos en su país de origen por una exención completa para evitar la doble imposición económica, sí serían capturados por la transparencia fiscal internacional al tributar menos (0) de lo que habrían tributado en España (1,25 por ciento).

Por tanto, por aplicación del apartado 9 del artículo 100 de la LIS, los dividendos se imputarían en la forma prevista para los dividendos, aplicando la exención del artículo 21 si se cumplieran los requisitos de la exención del artículo 21, y tributando de forma anticipada en un 5 por ciento, al 25 por ciento.

- Sin embargo, si la entidad indirectamente participada distribuyera posteriormente el dividendo ya imputado, sería de aplicación del nuevo apartado 10 del artículo 100 (modificado precisamente por la LPGE 2021 que ha introducido la última reforma del artículo 21 de la LIS), que crea un problema técnico importante.

En virtud de la nueva redacción de este precepto, el contribuyente debería eliminar el dividendo ya

imputado, excepto en un porcentaje equivalente al 5% en concepto de gastos de gestión:

"No se integrará en la base imponible los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido incluida en la base imponible. A estos efectos, el importe de los dividendos o participaciones en beneficios se reducirá en un 5 por ciento en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones, salvo que concurran las circunstancias establecidas en el apartado 11 del artículo 21 de esta Ley. El mismo tratamiento se aplicará a los dividendos a cuenta."

Esta norma sería completamente lógica para aquellos casos en los que lo que se imputó previamente eran rentas que no cualificaban como dividendos, y que por tanto tributaron en su totalidad en el contribuyente español y ahora son distribuidos al socio español, pero no tiene lógica alguna para dividendos ya imputados, y ya gravados en el 5 por ciento de su importe.

- Por último y adicionalmente a todo lo anterior, esa imputación previa de dividendos podría ser contraria al artículo 4 de la Directiva matriz-filial cuando la entidad filial sea residente en la UE o en el Espacio Económico Europeo⁴¹⁷. Esta cuestión la desarrollaremos en más detalle en el epígrafe 8.2. al comentar la

⁴¹⁷ Podría objetarse que bajo el artículo 100.16 de la LIS, no será de aplicación la normativa de transparencia fiscal internacional cuando la entidad participada resida en la UE y realice actividades económicas. No obstante, el problema es, precisamente, el concepto de "realización de actividades económicas" que tiene el legislador y en virtud del cual pretende eliminar las cláusulas de salvaguarda de las sociedades holding antes incluidas en la Ley.

tributación adelantada de los dividendos en los pagos fraccionados.

Todo lo anterior, en el fondo, nos reafirma en nuestra convicción de que la exención del artículo 21 de la LIS sigue siendo del 100 por 100 del dividendo percibido, pero no deja de generar otro argumento para que la cuestión del porcentaje concreto de la exención quede explícitamente resuelta en la Ley.

7. La coordinación con el régimen de atribución de rentas

Otra cuestión técnica que suscita la aplicación del método de exención es su aplicación a sociedades de tipo "personalista".

Bajo Derecho mercantil español, este tipo de sociedades (fundamentalmente la sociedad colectiva y la sociedad en comandita, simple o por acciones) se caracterizan principalmente por no limitar totalmente la responsabilidad de sus socios, pudiendo algunos o la totalidad de ellos (los denominados "socios colectivos") responder personalmente de las deudas sociales en proporción a su participación en la sociedad. Dado que de acuerdo con el artículo 116 del Cco, estas entidades poseen personalidad jurídica desde el momento de su constitución, el artículo 7 de la LIS las considera contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades y las grava directamente por las rentas que obtengan. Sus socios, por tanto, tributan únicamente cuando obtengan un dividendo de la misma, si bien podrían aplicar, en su caso, la exención del artículo 21 de la LIS.

Este tipo de sociedades, no obstante, no es privativo del ordenamiento español. Prácticamente todos los países de nuestro entorno disponen de sociedades personalistas cuyos socios colectivos responden personal y proporcionalmente de las deudas sociales pero a diferencia de España en algunos de estos países, estas sociedades pueden no tener personalidad jurídica o incluso ser consideradas "transparentes"⁴¹⁸ a efectos fiscales.

Y es que, como claramente señala VEGA BORREGO⁴¹⁹, a quien seguimos en esta cuestión, cuando una entidad extranjera es transparente, no será considerada sujeto pasivo de las rentas obtenidas, sino que las rentas generadas por la entidad se atribuirán de forma directa, en el porcentaje que corresponda, a sus socios o partícipes (incluso aunque la entidad no haya distribuido sus beneficios a los socios) y con la misma naturaleza que tuviera la renta para la entidad.

La pregunta, pues, es cómo hay que tratar a este tipo de entidades que pueden no haber tributado directamente por sus rentas y si éstas o los dividendos que distribuyeran podrían tener derecho a la aplicación de la exención en algún caso.

Un enfoque de esta cuestión podría basarse en el análisis de la comparabilidad de estas sociedades extranjeras con las sociedades españolas, de forma que si las extranjeras fueran comparables a las españolas (cuyos dividendos podrían estar

⁴¹⁸ No confundir con el régimen de "transparencia fiscal" previsto en nuestro ordenamiento fiscal para la tributación de determinados tipos de sociedades de mera tenencia de bienes, o dedicadas a actividades profesionales, artísticas o deportivas y que estuvo en vigor hasta precisamente la Ley 46/2002, de 18 de diciembre que introdujo el régimen de atribución de rentas que ahora comentaremos.

⁴¹⁹ Cfr. VEGA BORREGO, F.A., "La calificación de las entidades extranjeras como transparentes o no transparentes en los impuestos sobre la renta", Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, n° 31, 2015, pág. 440.

exentos, ya en un 95 o 100 por 100), sus dividendos deberían poder aplicar la exención del artículo 21, pero no en caso contrario. Como destaca VEGA BORREGO⁴²⁰, el problema es cómo determinar la existencia de esa comparabilidad ya que los criterios de calificación de las entidades extranjeras son muy diversos.

En este sentido, el legislador español optó por una perspectiva muy acotada, al analizar la comparabilidad no con las sociedades contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades, reguladas en el artículo 7 de la LIS, sino con las "Entidades en Régimen de Atribución de Rentas" ("EAR") del artículo 34 de la LGT, a cuyo régimen fiscal se atraen "*las entidades constituidas en el extranjero cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las leyes españolas*" (artículo 87 de la LIRPF).

Como destaca VEGA BORREGO⁴²¹, la DGT no compartió nunca el enfoque de la LIRPF y de hecho mantuvo siempre una posición distinta, a través de una doctrina que atendió más comúnmente al régimen fiscal al que estaba sometida la EAR en su Estado de constitución en lugar de a su naturaleza jurídica⁴²². De

⁴²⁰ *Ibidem*, págs. 442 y ss.

⁴²¹ Cfr. VEGA BORREGO, F.A., *La calificación de las entidades extranjeras...* op. cit. A favor de esta interpretación de la DGT parece hallarse ROMERO FLOR, L.M., *Fiscalidad española de las entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero*, en VV.AA. "Cuestiones Actuales de Planificación Fiscal Internacional", Edit. Atelier, Barcelona, 2019, pág. 129.

⁴²² Es el caso, por ejemplo, de las resoluciones V1319-05, de 4 de julio sobre una *Limited Liability Partnership* del Reino Unido o V1631-14, de 25 de junio sobre una KG alemana, entidades ambas transparentes a efectos fiscales, pero con personalidad jurídica propia en el caso de la LLP del Reino Unido y con cierta capacidad jurídica limitada en el de la KG alemana, al contrario que las entidades del artículo 34 de la LGT, lo que razonablemente debería haber llevado a no considerarlas como EAR dado que su naturaleza jurídica no era análoga a las de las EAR españolas. Sin embargo, la DGT no tuvo en cuenta esta circunstancia en sus contestaciones a ambas consultas, en las que concluyó que estas entidades cualificaban como EAR a efectos fiscales españoles.

esta forma, si la entidad extranjera disfrutaba de un régimen de transparencia fiscal, entonces a efectos fiscales españoles debería ser tratada como una EAR, y sus rentas atribuidas a sus socios de acuerdo con las reglas de los artículos 88 y 89 de la LIRPF. Si en cambio, la entidad era contribuyente de su impuesto personal, entonces no podía ser una EAR.

Esta diferencia de criterios ha tenido su penúltimo episodio con la publicación en el Boletín Oficial del Estado del 13 de febrero de 2020 de la Resolución de 6 de febrero de 2020, de la Dirección General de Tributos, "sobre la consideración como entidades en régimen de atribución de rentas a determinadas entidades constituidas en el extranjero", cuyo apartado V considera como EAR a efectos fiscales españoles a cualquier entidad constituida en el extranjero que cumpla tres requisitos:

"- Que la entidad no sea contribuyente de un impuesto personal sobre la renta en el Estado de constitución.

- Que las rentas generadas por la entidad se atribuyan fiscalmente a sus socios o partícipes, de acuerdo con la legislación de su Estado de constitución, siendo los socios o partícipes los que tributen por las mismas en su impuesto personal. Esta atribución deberá producirse por el mero hecho de la obtención de la renta por parte de la entidad, sin que sea relevante a estos efectos si las rentas han sido o no objeto de distribución efectivamente a los socios o partícipes.

- Que la renta obtenida por la entidad en atribución de rentas y atribuida a los socios o partícipes conserve, de acuerdo con la legislación de su Estado de constitución, la naturaleza de la actividad o fuente de la que procedan para cada socio o partícipe."

Como puede apreciarse, la DGT prescinde absolutamente de las características legales de la entidad no residente o de la existencia o no de personalidad jurídica para centrarse, de forma exclusiva, en el régimen fiscal aplicable a la entidad en cuestión. Desde un punto de vista práctico, y aunque esta Resolución plantea diversos problemas cuyo análisis excede el ámbito de este trabajo⁴²³, su enfoque nos parece el más adecuado técnicamente *de lege ferenda* para resolver el tratamiento de estas entidades.

En consecuencia, si una entidad participada en el extranjero no fuera contribuyente del Impuesto sobre Sociedades de su

⁴²³ El primero de todos, su dudosa legalidad por no respetar el principio de jerarquía normativa al contradecir expresamente lo previsto en la LIRPF, pero también otros de mayor alcance, como, por ejemplo, la relación de este régimen con el de transparencia fiscal internacional. La regulación legal aún vigente parecía configurar una relación de exclusión mutua en la que el régimen EAR aplicaba a entidades sin personalidad jurídica (dado que, en general, todas las EAR españolas son entidades de este tipo) mientras que el régimen TFI parece estar pensado para entidades con personalidad jurídica. Al cambiarse el criterio definitorio en la nueva resolución, creemos que la relación entre ambos regímenes pasará a girar alrededor de la transparencia o no de la entidad participada, de forma que si la entidad extranjera en cuestión cae bajo el régimen EAR, se le aplicará éste, y si no, el de transparencia fiscal internacional (que estaría reservado para entidades con "personalidad fiscal", si se nos permite la licencia). Sin embargo, lo cierto es que este deslinde es nuestro. No está regulado en ningún sitio y no es descartable que alrededor de esta cuestión puedan surgir importantes cuestiones dado que las dos normas presentan diferencias técnicas importantes. como, por ejemplo, en la forma de cuantificar la renta a imputar de acuerdo con la normativa del Impuesto sobre Sociedades (artículo 100.9 de la LIS) para la transparencia fiscal internacional, y de acuerdo con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (cuando haya socios residentes y no residentes sin establecimiento permanente), según el artículo 89.1 a) de la LIRPF, para el régimen de atribución de rentas. Asimismo, tampoco es igual que aplique el régimen EAR o el de transparencia fiscal internacional en el ámbito de las personas físicas, puesto que las rentas imputadas de una EAR podrían formar parte de la base imponible del ahorro, dado que se respeta la naturaleza de la renta en cuestión (artículo 88 de la LIRPF), pero las procedentes de la transparencia fiscal internacional forman parte de la base imponible general (artículo 45 de la LIRPF). Como decimos, son cuestiones que exceden del ámbito de este trabajo, pero que deberían atenderse en una reforma legal que modificara el criterio de las EAR y resolviera expresamente estas cuestiones. Es una lástima que la redacción actual del Proyecto de Ley contra el fraude fiscal no aproveche para hacerlo así.

Estado de constitución, sino que atribuyera sus rentas a sus socios sin variar la calificación de las mismas, entonces sería una EAR a efectos fiscales españoles y sus rentas deberían imputarse fiscalmente a sus socios según las reglas de los artículos 88 y 89 de la LIRPF y, en el caso de que todos sus miembros fueran contribuyentes del IS (o del IRNR con establecimiento permanente en España) la renta se determinaría de acuerdo con lo previsto en la normativa del Impuesto sobre Sociedades. En cambio, si la sociedad extranjera no cumpliera con uno cualquiera de esos requisitos, entonces la misma no sería calificada como EAR, no habría imputación alguna a sus socios y el único gravamen se produciría, en su caso, en una distribución de dividendos, que podrían quedar exentos por aplicación del artículo 21 de la LIS.

La pregunta, pues, es si al calcular la renta de la EAR "de acuerdo con lo previsto en la normativa del Impuesto sobre Sociedades", la misma podría beneficiarse del método de exención y, por tanto, quedar exenta en el contribuyente español. Esta cuestión ha sido abordada desde distintos ángulos por la doctrina⁴²⁴ pero en nuestra opinión bajo los criterios de la resolución de 6 de febrero de 2020 únicamente existe una respuesta clara: solo será posible aplicar la exención del artículo 21 de la LIS a este tipo de rentas imputadas por el régimen EAR cuando las mismas se correspondan con dividendos que hayan estado sometidos a un

⁴²⁴ Por ejemplo, CALVO VÉRGEZ consideraba que no era de aplicación el régimen ETVE a las participaciones en una EAR extranjera dado que las mismas no podían cualificar como "entidades" a efectos de la exención. Igual criterio mantenía con respecto a las denominadas "sociedades de personas" (o *partnerships* en su denominación anglosajona). Cfr. CALVO VÉRGEZ, J. *La tributación de las ETVEs... op. cit.*, pág. 9. Por su parte, MARTÍN JIMÉNEZ, ratificaba la no aplicación de la exención, pero acusando al legislador de no coordinar la relación del régimen de Entidades de Atribución de Rentas y la exención por doble imposición internacional. Cfr. MARTÍN JIMÉNEZ, A.J., *Oportunidades de planificación fiscal... op. cit.*, pág. 12,

impuesto comparable en el Estado de la fuente o en un tercer Estado, bien en sede de la propia entidad o de su socio. En cambio, cuando las rentas imputadas se correspondan con rentas obtenidas directamente por la EAR de otras fuentes de renta, las mismas podrían beneficiarse de la exención del artículo 22 de la LIS.

Y es que, como acertadamente comenta DELGADO PACHECO⁴²⁵, con comentarios bajo el antiguo TRLIS pero plenamente aplicables a la actualidad, no conceder la exención en este último caso llevaría a que rentas obtenidas en el extranjero a través de una EAR, tributaran en España cuando de haberse desarrollado la actividad directamente, a través de un establecimiento permanente, habrían quedado exentas por aplicación de la exención del artículo 22 de la LIS.

En el fondo, este enfoque es el mismo que ya adoptó tanto el legislador convencional español como la propia DGT en relación con entidades fiscalmente transparentes constituidas en Estados Unidos.

El primero de ellos, al suscribir tanto la redacción original del convenio con este país (y en concreto el apartado 4 del protocolo original que fue debidamente interpretado a través de un Acuerdo Amistoso de 2006⁴²⁶) como la actual (a través del artículo 1.6 del convenio), que consideraban obtenidas por un residente de un Estado contratante las percibidas por

⁴²⁵ Cfr. DELGADO PACHECO, A. *Las entidades en atribución de rentas y el régimen fiscal de partnerships y trusts en España*, en VV.AA. "Manual de Fiscalidad Internacional", 3ª ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007, pág. 493.

⁴²⁶ Acuerdo Amistoso, de 30 de enero y 15 de febrero de 2006, relativo a la aplicación del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos, hecho en Madrid el 22 de febrero de 1990, publicado en el BOE nº 195, de 13 de agosto de 2009.

entidades fiscalmente transparentes, en la medida en que sus partícipes tributasen en ese mismo Estado.

Y la DGT en concreto en su consulta V2097/2009, de 21 de septiembre en relación con una entidad estadounidense transparente a efectos fiscales, una *Limited Liability Company* con dos socios, uno de ellos residente en los Estados Unidos de América y propietario del 56% de la LLC, y sobre cuyos dividendos se consideraban que cumplían el requisito de tributación mínima del artículo 21 en dicha proporción.

Por otra parte, no debemos olvidar que este es también el criterio que adopta el actual artículo 21.1 b) de la LIS cuando establece para las participaciones indirectas que:

"... la aplicación de esta exención respecto de dichas rentas requerirá que el requisito previsto en esta letra se cumpla, al menos, en la entidad indirectamente participada."

En otras palabras, la Ley utiliza un criterio de transparencia fiscal para buscar el cumplimiento del requisito de tributación comparable en una entidad indirectamente participada. Si bien el legislador concebía esta regla para inversiones en entidades no transparentes, creemos que este criterio podría llevar, por ejemplo, a considerar cumplido el requisito de tributación mínima si la inversión en una sociedad personalista que calificara como EAR se realiza a segundo nivel, y la sociedad directamente participada no es una EAR y reside en un país con convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información. Así, no tendría sentido negar ese mismo criterio para una inversión directa en una sociedad personalista que cualifique como EAR, pero que haya, por ejemplo, percibido dividendos procedentes de entidades que hubieran sido

gravadas al obtener sus beneficios y hayan soportado una tributación que cumpla el requisito de comparabilidad del artículo 21.1 b) de la LIS (así como, por supuesto, el resto de requisitos del artículo 21).

En conclusión, el artículo 21 presenta una importante carencia al no incluir ninguna norma que prevea expresamente la forma de aplicación de la exención en los supuestos de inversiones a través de EAR. *De lege ferenda* propondríamos la inclusión de la misma en una futura reforma.

Podríamos preguntarnos, por último, si será posible aplicar el método de exención en caso de una distribución específica de dividendos de estas entidades. A priori, y siguiendo a GONZALO PECES⁴²⁷, la respuesta debe ser negativa en caso de que esas rentas hubieran sido previamente imputadas (por no corresponderse con rentas gravadas a un nivel anterior, añadimos nosotros) dado que ahora no constituirían renta fiscal.

8. La falta de coordinación con el pago fraccionado mínimo

Otra cuestión abierta de la regulación de la exención de los dividendos de fuente extranjera se encuentra en la relación de esta exención con la cuantificación de los pagos fraccionados. Como es sabido, el artículo 40 de la LIS prevé dos métodos de cálculo:

- El método de la cuota, aplicable a contribuyentes cuya cifra neta de negocios de los 12 meses anteriores al inicio del periodo impositivo no haya superado los 6

⁴²⁷ GONZALO PECES, J.L., *Exención para evitar... op. cit.*, pág. 616.

millones de euros, y consistente en un pago del 18% de la base imponible de la última declaración presentada; y

- El método de la base imponible, aplicable a todos los demás contribuyentes (u opcionalmente también a los que tengan una cifra neta de negocios inferior a los 6 millones citados), consistente en multiplicar el tipo de gravamen por defecto del contribuyente por 5/7 y aplicarlo a la base imponible devengada hasta el final de los meses de marzo, septiembre y noviembre de cada año, descontando las bonificaciones, retenciones, ingresos a cuenta y los pagos fraccionados anteriores realizados durante el ejercicio.

A priori, ninguno de los dos métodos interfiere con la regulación de la exención para los dividendos, dado que el método de la cuota se basa siempre en declaraciones de ejercicios anteriores y prescinde de la obtención o no de dividendos en el ejercicio actual, y el método de la base exige calcular la base imponible conforme al artículo 10.3 de la LIS, y por tanto, eximirá de la misma el importe de los dividendos sobre los que pudiera aplicarse el artículo 21.

Sin embargo, el problema surge cuando se atiende a la letra a) del apartado 1 de la Disposición adicional decimocuarta de la LIS, que establece un pago mínimo del 23 por ciento del resultado contable obtenido por el contribuyente cuando su cifra neta de negocios de los 12 meses anteriores haya sido igual o superior a 10 millones de euros.

Dado que los dividendos de fuente extranjera formarán parte siempre del resultado contable (del cual se eliminan al formar la base imponible como consecuencia de la aplicación del artículo 21 de la LIS), el contribuyente cuya cifra neta de negocios supere los 10 millones de euros y obtenga dividendos de fuente extranjera se podría ver obligado a anticipar impuestos, esto es a tributar al 23 por ciento en el pago fraccionado por los dividendos recibidos y, posteriormente, declararlos exentos y solicitar la devolución de este importe al presentar la liquidación del IS el año siguiente. O, en otras palabras, la exención de los dividendos aplicaría únicamente en la obligación principal (el pago del impuesto) pero no en las accesorias (el pago fraccionado mínimo).

La regulación de este pago fraccionado mínimo, que se incorporó a la LIS a través del Real Decreto-Ley 2/2016, de 30 de septiembre⁴²⁸, resultó polémica por diversas cuestiones que exceden del ámbito de nuestro trabajo⁴²⁹, llegando incluso a plantearse por parte de la Audiencia Nacional una cuestión de inconstitucionalidad con número 1021-2019 que dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional, nº 78/2020 de 1 de julio de 2020.

En esta sentencia, el TC analizó la validez de la norma desde la perspectiva de la relación entre los Decretos-Leyes y el

⁴²⁸ De hecho, el 30 de septiembre de 2016 es una fecha curiosa en la historia del Boletín Oficial del Estado, ya que cuenta con dos Boletines distintos, el 236, publicado por la mañana y el 237, que incluía el Real Decreto-Ley de referencia, publicado a última hora de la tarde a escasas horas del vencimiento del periodo de cómputo de los pagos fraccionados.

⁴²⁹ Para un buen resumen del conjunto de los problemas de constitucionalidad y legalidad que afectan a este Real Decreto, cfr. GARCÍA MUÑOZ, J.C. y COSTAS RODRÍGUEZ, R. *Reales decretos-ley 2/2016 y 3/2016: Impuesto mínimo, pago fraccionado mínimo y compensación de bases imponibles negativas*. En VV.AA. "Imposición sobre el beneficio empresarial: evolución reciente, perspectivas de futuro". Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid, 2019, págs. 364 y ss.

deber de contribuir, para concluir que el Real Decreto-Ley se había excedido al afectar a un tributo esencial del sistema tributario, como era el Impuesto sobre Sociedades, entendiéndose además que tanto los pagos fraccionados como la obligación principal son dos partes inseparables de una misma relación jurídico-tributaria que concurren al gravamen de una única capacidad económica en un mismo contribuyente.

Lo que no analizó la sentencia, sin embargo, fue otras posibles vulneraciones de la Constitución y en particular del principio de capacidad económica, ni tampoco el efecto en la declaración de inconstitucionalidad de las modificaciones de la disposición adicional decimocuarta de la LIS realizadas a través de las Leyes 6/2018, de 3 de julio y 8/2018, de presupuestos generales del Estado, quizá porque como señalaba la sentencia, las modificaciones operadas en el régimen de los pagos fraccionados se referían exclusivamente a las entidades de capital riesgo (Ley 6/2018) y a las entidades navieras (Ley 8/2018).

En consecuencia, la doctrina que ha analizado esta sentencia⁴³⁰ parece inclinarse porque la inconstitucionalidad se limita a la redacción específica dada a la norma por el Decreto-Ley 2/2016, en vigor hasta la Ley 6/2018, que habría subsanado el problema de inconstitucionalidad de la creación del pago mínimo por una norma no adecuada, aunque la norma todavía podría presentar otros vicios de inconstitucionalidad, en particular contra el principio de capacidad económica por exigir en la práctica el

⁴³⁰ Cfr. CAMPANÓN GALIANA, C., *Declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 2/2016 por el que se regulaba el pago fraccionado mínimo a cuenta del Impuesto sobre Sociedades*, Carta Tributaria - Revista de Opinión, n° 65-66, 2020, Sección 2.2 y MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M., *La modificación de los pagos fraccionados operada mediante el Real Decreto-Ley 2/2016 es inconstitucional, ¿y ahora qué?* Nueva Fiscalidad, n° 3, 2020, págs. 298 y 302.

adelantamiento entre 6 y 15 meses de la cuota tributaria de un impuesto aún no devengado⁴³¹.

El estudio de esta posible vulneración del principio de capacidad económica escapa del ámbito de este trabajo por no relacionarse directamente con los dividendos de fuente extranjera. Sin embargo, la configuración actual del pago fraccionado mínimo como una obligación tributaria accesoria sí plantea otras cuestiones, y en particular, si la no exención de los dividendos de fuente extranjera, siquiera en el porcentaje del 95 por ciento resultante del artículo 21, es conforme con el Derecho de la Unión Europea, pudiendo, en nuestra opinión, concluirse que la misma es contraria a las libertades de establecimiento y circulación de capitales de los artículos 49⁴³² y 63⁴³³ del TFUE⁴³⁴, respectivamente, e incluso a la Directiva matriz-filial.

⁴³¹ En este sentido, por ejemplo, MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M., *La modificación de los pagos fraccionados... op. cit.*, pág. 305.

⁴³² El artículo 49 del TFUE dice así: "... quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro."

⁴³³ El artículo 63 del TFUE dice así: "En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países."

⁴³⁴ Es doctrina constante del TJUE que ambas libertades tienen un alcance coincidente en la medida en que ambas prohíben las restricciones no justificadas a la inversión en sociedades establecidas en la Unión Europea, debiendo prevalecer el análisis de la libertad de establecimiento cuando pueda existir esa duplicidad de situaciones. Baste decir a estos efectos que el TJUE considera que la libertad de circulación de capitales es de aplicación a supuestos de inversiones en las que no se adquiere el control de la entidad participada (definiéndose "control" como una participación del 25 por ciento en el capital social de la entidad en cuestión) y el de establecimiento a inversiones en las que sí se obtiene dicho control. En este caso, y estando relacionada la posible infracción, como veremos, con la exclusión de sociedades europeas del grupo fiscal, parece que la libertad predominantemente afectada sería la de establecimiento.

A estos efectos, es preciso recordar que tales incumplimientos no serán meramente retóricos, sino que deberían resultar en la inaplicación del pago mínimo en aquellos aspectos contrarios al Derecho de la UE, en virtud tanto del principio de primacía del Derecho de la UE⁴³⁵, como del "efecto directo vertical"⁴³⁶ de las normas comunitarias cuya redacción es clara, incondicional, suficientemente precisa y sin ambigüedades, como es el caso.

A continuación, analizaremos de forma detallada esta cuestión.

8.1. La incompatibilidad con la libertad de establecimiento

La libertad de establecimiento ha sido objeto de una amplísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, entre la que debemos destacar, por su similitud con la cuestión que ahora nos ocupa, la sentencia de 2 de septiembre de 2015, asunto C-386/14, Groupe Steria SCA, en la que el Tribunal declaró que:

"El artículo 49 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro relativa a un régimen de consolidación fiscal en virtud del cual una sociedad matriz que lo integra se beneficia

⁴³⁵ Reconocido en las sentencias *Costa vs Enel*, de 15 de julio de 1964 (asunto 6/64), y *Simmenthal* de 9 de marzo de 1978 (asunto 106/77).

⁴³⁶ Como es sabido, las directivas, y entre ellas la Directiva 2011/96/UE, matriz-filial, son normas cuyo efecto directo, vertical u horizontal, puede ser invocado por los particulares a partir del momento en que transcurre el plazo máximo para su transposición si sus disposiciones son incondicionales y suficientemente claras y precisas (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, asunto 41-74). Sin embargo, este efecto directo vertical no puede tener carácter inverso, dado que las directivas no pueden ser invocadas por un país de la UE contra un particular (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 5 de abril de 1979, *Ratti*, asunto 148/78).

de la neutralización de la integración de una parte proporcional de gastos y cargas fijados de forma uniforme en el 5% del importe neto de los dividendos percibidos por ella de las sociedades residentes que forman parte de la consolidación, mientras que dicha neutralización le es denegada, en virtud de dicha normativa, respecto a los dividendos que le son distribuidos por sus filiales situadas en otro Estado miembro que, si hubiesen sido residentes, habrían tenido derecho objetivamente a que se les aplicara, opcionalmente, el régimen de consolidación.”

La sentencia anterior establece, por tanto, que el Derecho de la UE no permite un régimen de consolidación fiscal cuya regulación haga de peor condición a una sociedad residente cuando ha invertido en sociedades establecidas en otros Estados de la Unión Europea, frente a inversiones en entidades residente en el propio Estado.

Pues bien, exactamente esa peor condición es la que estableció para los grupos fiscales el Real Decreto-Ley 2/2016 al introducir el gravamen mínimo. Y ello porque como se establece en el Capítulo VI del Título VI de la LIS, relativo al régimen de consolidación fiscal:

- El pago fraccionado se realiza por el mismo grupo fiscal, que es quien ostenta la condición de contribuyente (artículo 56 de la LIS);
- El grupo fiscal está compuesto únicamente por el conjunto de entidades residentes en territorio español que cumplan ciertos requisitos (artículo 58 de la LIS) sin que puedan formar parte del mismo entidades residentes en otros Estados de la Unión Europea;

- La base imponible del grupo fiscal se determinará practicando las eliminaciones por operaciones internas entre los miembros del mismo grupo (artículo 62.1 b) de la LIS); y
- Los requisitos o calificaciones establecidos tanto en la normativa contable para la determinación del resultado contable, como en la LIS para la aplicación de cualquier tipo de ajustes a aquél, se referirán al grupo fiscal (artículo 62.1 a) de la LIS).

Pues bien, de la aplicación conjunta de estas disposiciones, y en especial de la regla del artículo 62.1 a) mencionada, resulta que un grupo fiscal deberá computar el eventual resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias teniendo en cuenta solo entidades participadas españolas, pero no entidades participadas residentes en otros Estados de la Unión Europea (y ello con independencia de que el grupo contable sí que integre dichas participadas europeas).

Así, los dividendos de las entidades residentes en España serán considerados como rentas de operaciones internas (por ser una operación realizada dentro del grupo fiscal) y, por tanto, eliminados a efectos del "resultado contable" sobre el que se aplica el gravamen mínimo. Sin embargo, en el caso de las entidades participadas residentes en otros Estados de la Unión Europea, sus dividendos no podrán ser eliminados, ya que estas entidades no forman parte del grupo fiscal y por tanto formarán parte del resultado positivo de la cuenta de pérdidas y ganancias, viéndose gravados a un tipo mínimo del 23 por ciento.

Dicho peor tratamiento de los dividendos de filiales residentes en la UE no tendría carácter definitivo, sino

temporal, ya que en la declaración anual del Impuesto sobre Sociedades, sí podrían quedar exentos, lo que ocasionaría que los mayores pagos fraccionados a los que habrían dado lugar serían luego devueltos al grupo fiscal.

No obstante, incluso aunque sean restricciones temporales, todo peor trato en la percepción de dividendos de filiales residentes en la UE constituye, en nuestra opinión una restricción directa y evidente de las libertades de establecimiento y, en su caso, de circulación de capitales, en un supuesto, por otra parte, casi idéntico al ya fallado por el TJUE en la citada sentencia Groupe Steria SCA. En este sentido, siendo cierto que el TJUE ha aceptado la existencia de restricciones en supuestos debidamente justificados, conviene recordar que jamás se ha aceptado como causa de justificación de una restricción de una libertad fundamental del Tratado, los motivos presupuestarios o recaudatorios, como los aducidos por la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 2/2016.

8.2. La incompatibilidad con la Directiva matriz-filial

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 4 de la Directiva matriz-filial establece la obligación de los Estados Miembros de eliminar la doble imposición económica sufrida por los dividendos recibidos por las sociedades residentes en dichos Estados.

En este sentido, el citado precepto permite a los Estados miembros ejercitar una opción entre abstenerse de gravar los dividendos o conceder una deducción en la cuota sobre el impuesto subyacente satisfecho por la filial. La redacción de la norma es la siguiente:

"1. Cuando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de esta reciban, por la participación de aquella en una sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro del establecimiento permanente:

a) o bien se abstendrán de gravar dichos beneficios en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial;

b) o bien los gravarán, autorizando al mismo tiempo a la sociedad matriz y a su establecimiento permanente a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel, sujeto a la condición de que cada una de las filiales y la filial de ulterior nivel siguiente puedan encuadrarse en las definiciones establecidas en el artículo 2 y cumplan los requisitos previstos en el artículo 3, hasta la cuantía máxima del impuesto adeudado."

Como puede apreciarse, la redacción de la letra a), no permite nada que no sea que un Estado miembro "se abstenga de gravar" los beneficios que le han sido repartidos en forma de dividendos. Y, en este sentido, "abstenerse de gravar" solo puede ocurrir cuando un Estado aplica el método de exención en su totalidad, permitiendo al contribuyente eliminar de la base imponible los dividendos recibidos. No se produciría ninguna abstención de gravamen, en cambio, si los dividendos estuvieran sometidos a tributación, siquiera de forma temporal.

En esta misma línea, debemos traer a colación la sentencia del TJUE de fecha 12 de febrero de 2009, en el asunto C-138/07, Cobelfret, que analizaba si la normativa belga de implementación de la Directiva matriz-filial era contraria a la normativa comunitaria, en tanto en cuanto los dividendos que una sociedad matriz belga percibía de una filial se integraban en una primera fase en la base imponible de dicha sociedad matriz, para en una fase posterior proceder a su deducción en un porcentaje limitado a un 95 por ciento, con la condición *sine qua non* de que la matriz tuviera beneficios gravables.

El Estado belga alegaba que este método cumplía con los requisitos del artículo 4, dado que "abstenerse de gravar" no significaba "eximir".

El TJUE rechazó de plano la compatibilidad de este régimen con la Directiva matriz-filial, con base en dos argumentos. En primer lugar, porque la abstención de gravamen se predica de forma incondicional sin sometimiento a requisitos específicos (como la existencia de beneficios gravables):

"33. Procede señalar que la obligación del Estado miembro que ha elegido el sistema previsto en el artículo 4, apartado 1, primer guion, de la Directiva 90/435, según el cual se abstendrá de gravar los beneficios que la sociedad matriz recibe en calidad de socio de su sociedad filial, no prevé ningún requisito y se establece con la única salvedad de los apartados 2 y 3 de dicho artículo y del artículo 1, apartado 2, de dicha Directiva."

Y, en segundo lugar, precisamente porque "abstenerse de gravar" sí era sinónimo de "eximir", al señalar que

"43. Tal y como señala la Abogado General en el punto 28 de sus conclusiones, no hay nada en la sistemática ni en la finalidad de la Directiva 90/435 que permita concluir que existe alguna diferencia significativa entre los conceptos de «[abstenerse] de gravar» y de «eximir del impuesto» los beneficios percibidos por la sociedad matriz, puesto que el Tribunal de Justicia se refiere unas veces a «eximir» y otras a «[abstenerse] de gravar» en el sentido de dicho artículo 4, apartado 1 (véanse, en particular, la sentencia de 12 de diciembre de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, C-374/04, Rec. p. I-11673, apartado 53; sentencias antes citadas *Test Claimants in the FII Group Litigation*, apartados 44 y 102, y *Banque Fédérative du Crédit Mutuel*, apartado 44)."

En el caso concreto que nos ocupa, y frente a la evidencia del gravamen (siquiera temporal) impuesto por la disposición adicional decimocuarta, podría alegarse que España no optó originariamente por la aplicación del método de exención, sino por la deducción del impuesto subyacente (actual artículo 32 de la LIS), ya que éste fue el método elegido en la Ley 29/1991 de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas, que implementó las disposiciones originales de la Directiva matriz-filial y que, en consecuencia, no se halla vinculada por la obligación de eximir los dividendos o, incluso, que la normativa del Real Decreto-Ley es plenamente compatible con este método de deducción del impuesto subyacente.

Sin embargo, estos argumentos no son admisibles. Considerar que por haber implementado un método de imputación, la normativa relativa a la exención no tiene por qué respetar la doctrina del TJUE, ignoraría -y no puede hacerlo- que es criterio reiterado de este Tribunal que, si bien la

tributación directa es competencia de los Estados Miembros, los mismos deben ejercerla respetando siempre los principios y limitaciones del Derecho de la Unión Europea. En otras palabras, cuando España incorporó a su ordenamiento el método de exención, asumió la obligación de que su regulación no vulnerase el Derecho de la Unión Europea en general, y la Directiva matriz-filial en particular. Así lo establecía el TJUE, por ejemplo, en los párrafos 74 y ss. de la sentencia *X v. Ministerraad*⁴³⁷ comentada en el epígrafe 2.2.1. de este Capítulo.

En nuestra opinión, la introducción de un gravamen mínimo a los dividendos percibidos de filiales residentes en la Unión Europea, aunque sea temporal, podría no respetar la regla del artículo 4.1 en la medida en que somete a tributación dichos dividendos. Ello no estaría permitido por la redacción de la Directiva que en ningún momento se remite a "impuestos finales" o "definitivos", ni tampoco, como hemos visto, por la interpretación del TJUE que no admite la condicionalidad del método de exención fuera de los términos de la propia Directiva, como se reitera en el párrafo 64 de la sentencia *Cobelfret*:

"64. Pues bien, la obligación de abstenerse de gravar los beneficios distribuidos por una filial a su sociedad matriz, prevista en dicho artículo 4, apartado 1, primer guion, está formulada en términos inequívocos y no está sujeta a condición alguna, ni subordina su ejecución o sus efectos a la intervención de ningún otro acto que emane de las instituciones comunitarias o de los Estados miembros."

⁴³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 2017, asunto C-68/15.

9. La coordinación con los regímenes especiales de la LIS

Si bien el artículo 21 se configura como una regla básica del régimen general del Impuesto, el artículo 42 de la LIS señala que las normas de los regímenes especiales del Título VII tienen preferencia respecto a las de cualquier otro Título, que se aplicarán con carácter supletorio. En consecuencia, deberemos abordar un análisis específico de la forma en que cada régimen especial se relaciona con el artículo 21 de la LIS en lo relativo a los dividendos de fuente extranjera.

Sin embargo, de los dieciséis regímenes especiales existentes en la Ley, tan solo tres (el de las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda, el de las sociedades y fondos de capital-riesgo y sociedades de desarrollo industrial regional y el de las instituciones de inversión colectiva) realizan una referencia expresa al artículo 21 de la LIS, y solo uno, el de consolidación fiscal, la realiza indirectamente cuando en su artículo 62.1 señala que *“los requisitos o calificaciones establecidos (...) en esta Ley para la aplicación de cualquier tipo de ajustes (...), se referirán al grupo fiscal”*. Además, fuera de la LIS existe un régimen fiscal especial también en el caso de la SOCIMIs que también contiene referencias expresas al artículo 21.

De todos ellos, sin embargo, no analizaremos las entidades arrendadoras de vivienda ni las sociedades de desarrollo industrial regional, dado que son entidades que solo pueden existir en España y la problemática referente a sus dividendos será de fuente interna y no internacional.

Pasamos a continuación a analizar los demás regímenes, anticipando que el legislador utiliza, en general, dos perspectivas distintas para justificar su decisión sobre la relación del artículo 21 y estos regímenes especiales: la de incentivación, cuando por alguna razón desea dar preeminencia a un determinado régimen sobre otro, y la de ausencia de doble imposición efectiva.

9.1. Las entidades de capital-riesgo

Las entidades de capital-riesgo ("ECR"), reguladas en la Ley 22/2014, de 12 de noviembre ("LECR") (esto es, los fondos de capital riesgo y las sociedades de capital riesgo) que sean contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades disfrutan de un régimen fiscal especial previsto en el artículo 50 de la LIS que la Ley hace extensible también a los dividendos obtenidos por sus socios.

Así, de acuerdo con los apartados 2 (aplicable a la ECR misma) y 3 (aplicable a sus socios) del citado artículo 50, los dividendos percibidos por estas entidades (o por sus socios contribuyentes del IS o del IRNR con establecimiento permanente en España) podrán aplicar la exención del artículo 21 de la LIS, cualquiera que sea el porcentaje de participación y el tiempo de tenencia de las acciones o participaciones⁴³⁸:

"2. Las entidades de capital-riesgo, reguladas en la Ley 22/2014, podrán aplicar la exención prevista en el artículo 21.1 de esta Ley a los dividendos y participaciones en beneficios procedentes de las

⁴³⁸ En caso de socios no residentes sin establecimiento permanente, el apartado 3 b) directamente considera los dividendos como no obtenidos en territorio español.

sociedades o entidades que promuevan o fomenten, cualquiera que sea el porcentaje de participación y el tiempo de tenencia de las acciones o participaciones.

3. Los dividendos o participaciones en beneficios percibidos por los socios de las entidades de capital-riesgo tendrán el siguiente tratamiento:

a) Darán derecho a la exención prevista en el artículo 21.1 de esta Ley cualquiera que sea el porcentaje de participación y el tiempo de tenencia de las acciones o participaciones cuando su perceptor sea un contribuyente de este Impuesto o del Impuesto sobre la Renta de no Residentes con establecimiento permanente en España.

Esta regla excepcional nos sugiere algunas reflexiones.

En primer lugar, cabe preguntarse cuál puede ser la razón por la que el legislador ha decidido conceder esta excepción a las ECR y, más significativamente, a sus socios. En ambos casos, se trata de una regla tradicional, que data al menos del artículo 16.2 del Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo que introdujo a estas entidades en el ordenamiento español, para las ECR, y del artículo 69.2 de la LIS de 1995 para los socios⁴³⁹ y que solo puede fundamentarse en la necesidad de incentivar las actuaciones de este tipo de entidades en el mercado español.

Sin embargo, cabe plantearse la necesidad real de esta excepción, cuestión que creemos que se responde analizando el funcionamiento y objetivo de las ECR, que son entidades

⁴³⁹ En realidad, el primitivo artículo 69.2 de la LIS de 1995 se aplicaba a los dividendos de fuente española, al referirse al artículo 28.2 de la Ley aplicable únicamente a estos. La referencia a los dividendos de fuente extranjera no se incluyó hasta la Ley 62/2003 de 30 de diciembre.

de inversión colectiva de tipo cerrado (artículo 2 de la Ley 22/2014 de entidades de capital riesgo) que como tal captan financiación de terceros y la invierten en entidades no cotizadas para, interviniendo en su gestión, facilitar su desarrollo, internacionalización o reestructuración. Este fin suele requerir la adquisición de participaciones superiores al 5 por ciento y su mantenimiento durante un periodo de tiempo siempre superior al año, por lo que la regla no parece tener especial sentido para las ECR en sí mismas aunque sí para sus socios, que normalmente son más de 20 por lo que alguno sí tendría una participación inferior al 5 por ciento en el fondo o sociedad en cuestión, que por tanto no cualificaría para la exención por los dividendos que reciba de la ECR (salvo que el valor de adquisición de una participación fuera igual o superior a 20 millones de euros y la misma se hubiera adquirido antes del 1 de enero de 2021, y solo por el plazo de cinco años previsto en la disposición transitoria cuadragésima de la LIS). Se trataría pues de una regla para promover la inversión a través de las ECR, beneficiando a estas entidades frente a otros vehículos de inversión con los que pueda competir por la captación de inversiones.

Una segunda cuestión a aclarar es si la no necesidad de cumplir los requisitos de participación y antigüedad mínima debe entenderse que aplica estrictamente a estos requisitos o puede extenderse al resto de requisitos del artículo 21.1, y en particular al requisito de tributación comparable (incluida la no residencia en paraísos fiscales y a las reglas para participaciones indirectas a través de entidades holding).

En nuestra opinión, nada en la redacción legal permite sostener que se pueda incumplir el requisito de tributación

comparable. La norma es clara cuando excepciona exclusivamente el porcentaje de participación (5 por ciento o 20 millones de euros en ciertos casos) y el tiempo de tenencia, a lo que se une que el apartado 5 del artículo 50 excepciona de la exención las rentas obtenidas a través de paraísos fiscales, lo que representa un claro indicio de que la intención del legislador siempre ha sido la de limitarse a los requisitos del apartado a) del artículo 21.1 de la LIS.

En cambio, y aunque la Ley no lo diga expresamente (con toda seguridad por haber replicado la redacción en vigor bajo el TRLIS) esta excepción debe extenderse también a las reglas de participación indirecta, tanto del propio artículo 21.1 a) (la regla del 70 por ciento) como del 21.1.b) (los párrafos quinto y sexto) por cuanto en ambos casos el funcionamiento de estas reglas viene a exigir el cumplimiento de un porcentaje de participación del 5 por ciento. No siendo necesario cumplir con la participación directa, no tiene sentido exigir idéntico requisito para la participación indirecta.

Esta conclusión, que es aplicable tanto a los dividendos obtenidos por la ECR como a los de los socios de la propia ECR, está en línea con la incentivación de estos vehículos frente a su competencia, que realiza el legislador. Efectivamente, si un contribuyente del IS invierte en una entidad intermedia que a su vez invierte en terceros vehículos de los que va a percibir más del 70 por ciento de sus ingresos en concepto de dividendos, participaciones en beneficios o rentas por la transmisión de sus participaciones, sería de aplicación la regla de las entidades holding del artículo 21.1 a) de la LIS, por lo que para poder beneficiarse de la exención de los dividendos,

debería poder tener una participación indirecta mínima del 5 por ciento en las sociedades de segundo y ulterior nivel, lo que puede llevar a la no aplicación de la exención en muchos casos. Sin embargo, al excluir a las ECR del requisito de participación mínima se está incentivando que los socios que realicen aportaciones más reducidas lo hagan a través de este tipo de vehículos, en comparación con otros vehículos de inversión, abierta o cerrada.

Aunque, como decimos, esta solución no se establece expresamente en la Ley, la DGT la ha aceptado en los casos de socios indirectos de una ECR (personas jurídicas que participan en una ECR a través de un vehículo común de inversión), cuya participación indirecta no llegaba al 5 por ciento, si bien solicitando expresamente que esos socios mantengan al menos una participación del 5 por ciento y 1 año de antigüedad en el vehículo en cuestión⁴⁴⁰.

Una tercera cuestión que suscita el apartado 3 del artículo 50 es si su régimen excepcional podría extenderse también a las inversiones en entidades de capital riesgo no residentes en España. A priori, la redacción no parece contener ninguna limitación más allá del hecho de que exige ser socio de una "entidad de capital riesgo". Dado que este tipo de entidades no son exclusivas de nuestro país y que su regulación está

⁴⁴⁰ Es el caso de las consultas V2796-15, de 25 de septiembre y V4247-16 y V4502-16, de 4 y 18 de octubre respectivamente. Estas resoluciones reciben una dura crítica por parte de algún autor que considera que hubiera sido más respetuoso con la finalidad del régimen permitir que los socios se beneficiaran de la exención cualquiera que fuese su participación en el citado vehículo intermedio pues, de lo contrario, su tratamiento fiscal se puede ver perjudicado con motivo de la introducción en la cadena de una sociedad holding cuya finalidad no tiene porqué ser necesaria ni preeminentemente fiscal. Cfr. GARCÍA, M., *El marco fiscal del capital-riesgo español tras la reforma del IS*. Revista Española de Capital Riesgo, nº 4/2016, pág. 9.

armonizada a nivel de la Unión Europea⁴⁴¹, no sería posible excluir al menos a las residentes en la Unión Europea ni, posiblemente a las establecidas en terceros países, pero cuyo régimen legal fuera comparable al de las ECR armonizadas, por aplicación de la libertad de circulación de capitales del artículo 63 del TFUE.

Y, por último, cabría plantearse, como hace LOPEZ-SANTACRUZ⁴⁴², el peor tratamiento de los dividendos cuando se les compara con la exención que el apartado 1 del artículo 50 aplica a las rentas procedentes de la transmisión de participaciones, que si incumplen alguno de los requisitos del artículo 21 (p.e. el de tributación mínima), aun así estarían exentas en un 99 por ciento, a diferencia de los dividendos que tributarían en su totalidad. Esta diferencia de trato no tiene una explicación lógica y fomenta que, en caso de inversión en sociedades radicadas en países sin convenio de doble imposición y con un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento, la ECR trate de no obtener dividendos (que tributarían) y percibirlos vía mayor precio de transmisión de su participación y mayor ganancia (exenta al 99 por ciento). Sería pues necesario remediar esta situación que tan solo redundaría en un retraso en la percepción de los beneficios por parte de la ECR y los socios. Esta reforma podría aprovecharse adicionalmente para resolver la inconsistencia en la redacción del artículo 50.1 tras la LPGE 2021, que resulta en que si se cumplen las condiciones del artículo 21.3 se obtiene una exención del 95 por ciento de la renta y si no, del 99 por ciento.

⁴⁴¹ Directiva 2011/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2011 relativa a los gestores de fondos de inversión alternativos y por la que se modifican las Directivas 2003/41/CE y 2009/65/CE y los Reglamentos (CE) no 1060/2009 y (UE) no 1095/2010.

⁴⁴² Cfr. LÓPEZ-SANTACRUZ MONTES, J.A., *Memento... op. cit.*, marginal 5546.

9.2. Las instituciones de inversión colectiva

De acuerdo con los artículos 52.1 y 53.1 de la LIS, ni las instituciones de inversión colectiva ("IIC") reguladas en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre (con la excepción de las sometidas al tipo de gravamen general), ni sus socios podrán aplicar la exención prevista en el artículo 21 de la LIS por los dividendos (o las rentas de la transmisión de las participaciones). Este tratamiento es el tradicional en la normativa española anterior a la Ley 27/2014, tanto en los artículos 71.1 y 72.2 de la LIS de 1995, como en el 57.1 y 58.2 del TRLIS.

Como puede apreciarse, siendo las IIC un vehículo de inversión colectiva como las ECR, sin embargo, tienen un tratamiento fiscal completamente distinto en cuanto a los dividendos recibidos tanto por ella como por sus socios.

La razón es que las IIC españolas (y en general también las residentes en otros países de la UE⁴⁴³ y de nuestro entorno) tributan al tipo de gravamen de 1 por ciento (artículo 29.4 de la LIS) por lo que cualquier doble imposición económica que se pueda producir sería muy reducida, frente a las ECR cuyas únicas rentas son dividendos o ganancias de la transmisión de participaciones que reflejarán una doble imposición económica (real o potencial) más elevada.

⁴⁴³ No debemos olvidar que las Instituciones de Inversión Colectiva son un vehículo armonizado a nivel de la Unión Europea a través de la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM). A pesar de ello, también existen otros vehículos similares, no armonizados, pero en general regulados a nivel nacional y supervisados por las autoridades regulatorias competentes en cada país, cuyo análisis excede del ámbito de este trabajo.

El problema realmente se plantea a nivel de los socios de los llamados "fondos de inversión de reparto", españoles o europeos, instituciones de inversión colectiva que distribuyen periódicamente sus beneficios a sus socios. De acuerdo con la redacción legal, cuando éstos reciban los dividendos de la IIC no podrán aplicar la exención del artículo 21, y ello a pesar de que haya podido haber doble imposición económica en algún lugar de la cadena de inversiones.

Es cierto que, a diferencia de las ECR que solo invierten en otras entidades, las IIC pueden invertir tanto en otras entidades como en otros activos financieros como depósitos bancarios, derivados financieros o instrumentos del mercado monetario⁴⁴⁴, que no han soportado una imposición previa ni generado doble imposición económica alguna. Sin embargo, el legislador debería haber previsto estas circunstancias, de forma que, al igual que ocurre en las inversiones en ECR, se permitiera al socio de un fondo de inversión de reparto eliminar la doble imposición económica real (p.e. exigiendo a los fondos de inversión de reparto que inviertan en renta variable que identificaran en sus informes periódicos la cantidad percibida que proceda de dividendos de otras entidades e informaran anualmente a cada uno de sus socios de la cantidad concreta exenta, en su caso). No se trata de una medida exagerada ni novedosa para las IIC españolas, por cuanto la propia LIS ya exige controles similares en el caso de las ETVEs (artículo 108.3) o en las entidades dedicadas al arrendamiento de vivienda (artículos 48 y 49 de la LIS), pero sí podría ser de cumplimiento más complicado en relación

⁴⁴⁴ Cfr. artículos 48 y ss. del Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.

con las IIC de otros Estados miembros de la UE en los que no existiera esta obligación.

En cambio, cuando el fondo de inversión de reparto haya invertido en renta fija, no tendría sentido conceder ninguna exención y el tratamiento fiscal concedido por el legislador sería coherente con el tratamiento dado a la propia IIC, que al fin y al cabo no es más que un vehículo de inversión colectiva que ofrece un diferimiento (pero no una exención) de tributación a sus socios.

9.3. Las sociedades cotizadas de inversión en el mercado inmobiliario

Las SOCIMIs son un tipo de sociedades anónimas reguladas en la Ley 11/2009, de 26 de octubre y cuyo objeto social principal versa sobre la adquisición y promoción de inmuebles para su arrendamiento, o, en su caso de participaciones en otras SOCIMIs o en sociedades, incluso no residentes, cuyo objeto social principal sea idéntico.

Dado que el legislador ha querido promover las actividades de estas entidades, para así revitalizar e incentivar el mercado inmobiliario, la Ley 11/2009 señala que las SOCIMIs podrán optar por la aplicación de un régimen fiscal especial basado, principalmente, en⁴⁴⁵ (i) la determinación de la base

⁴⁴⁵ El régimen es realmente algo más complejo, por cuanto el artículo 9.2 establece un gravamen especial del 19% pagadero por la propia SOCIMI con respecto a los dividendos que distribuya a un socio que tenga una participación igual o superior al 5 por ciento, si los mismos están exentos o tributan a un tipo de gravamen inferior al 10 por ciento. En la práctica este gravamen adicional es de aplicación únicamente a socios no residentes (dado que los socios residentes, como señalamos, no tienen derecho a la exención por doble imposición del artículo 21 y tributan al 25 por ciento) o a socios residentes que sean entidades sin ánimo de lucro, exentas en virtud del artículo 6.2º de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre.

imponible de acuerdo con las normas del IS (artículo 9.1); (ii) la aplicación de un tipo de gravamen del cero por ciento (artículo 9.1, segundo párrafo) y (iii) la posterior tributación de los socios por los dividendos recibidos (artículo 10.1) o plusvalías realizadas (artículo 10.2) sin derecho a la aplicación del artículo 21 de la LIS.

Es decir, el régimen de las SOCIMI se configura como un régimen de diferimiento fiscal hasta la posterior distribución de los dividendos al socio que, según el artículo 10.1 a) de esta Ley, no puede aplicar la exención establecida en el artículo 21.1 de la LIS (y ello con independencia de que se cumplan los requisitos para la exención o no), por lo que los dividendos recibidos por los socios tributarán al tipo de gravamen que le corresponda a cada socio en su impuesto personal.

Conviene precisar que la no aplicación del artículo 21 de la LIS a los dividendos percibidos de una SOCIMI se producirá únicamente cuando las rentas en cuestión hayan disfrutado del régimen opcional del artículo 9 de la Ley 11/2009. Si no hubiera sido el caso (por ejemplo, por incumplir alguno de los requisitos de inversión del artículo 3), entonces sí sería de aplicación el artículo 21 de la LIS dado que las rentas en cuestión no podrían haber aplicado el tipo cero de gravamen. Aunque esta cuestión no está expresamente prevista en la Ley, creemos que se desprende del inicio del artículo 10 cuando, previamente a negar la aplicación del artículo 21, señala que: "Los dividendos distribuidos con cargo a beneficios o reservas respecto de los que se haya aplicado el régimen fiscal especial establecido en esta Ley, recibirán el siguiente tratamiento...".

Sin embargo, la sistemática de la tributación de las SOCIMIS plantea alguna cuestión interesante en relación con los dividendos recibidos de entidades no residentes⁴⁴⁶. Como señalan las consultas V3767-15, de 30 de noviembre y V1975-16, de 9 de mayo, dado que la SOCIMI debe conformar su base imponible de acuerdo con la normativa del IS, eso implica que los dividendos de una filial no residente que cumplan con los requisitos del artículo 21 estarían exentos en la SOCIMI y, por tanto, no estarían integrados en la base imponible cuando se le aplicara el tipo cero de gravamen. En consecuencia, una vez redistribuidos al accionista de la SOCIMI, el mismo podría aplicar a su vez la exención del artículo 21 de la LIS sobre la parte de los dividendos recibidos correspondiente a los dividendos de fuente extranjera.

Esta solución es lógica y tiene la virtud de promover las inversiones a través de las SOCIMIS, evitando que los socios de las mismas inviertan directamente en las entidades no residentes. Sin embargo, hay que reconocer que dado que las SOCIMI sólo pueden invertir en sociedades similares a ellas mismas, que normalmente estarán sometidas a un régimen fiscal preferencial (sin tributación o con tributación muy reducida), otorgar la exención a estos dividendos podría favorecer situaciones de desimposición en las que las rentas queden exentas en el socio español, a pesar de no haber soportado tributación efectiva (o haberla soportado de forma muy reducida) en la fuente⁴⁴⁷. Nada, por otra parte, extraño

⁴⁴⁶ Cfr. en este sentido CALVO, R. y PONS, E., Régimen fiscal especial de los socios. En VV.AA. "Tratado de la SOCIMI". Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 270.

⁴⁴⁷ Siempre y cuando, por supuesto, el Estado de residencia de la entidad participada no haya incluido en su regulación un gravamen especial similar al del artículo 9.2 de la Ley 11/2009

a lo que ya ocurre por la regla convencional del artículo 21.1 b) de la LIS.

10. Consideraciones finales

Dos son las grandes cuestiones que se plantean alrededor de la redacción del artículo 21 de la LIS.

En primer lugar, la no deducibilidad de los gastos de gestión en un porcentaje tasado del 5 por 100, que en nuestra opinión constituye una medida discutible del legislador, tanto desde el punto de vista formal (al utilizar como instrumento normativo una Ley de Presupuestos que no está habilitada para ello) como material.

En este sentido, utilizar un mecanismo como la no deducibilidad de gastos presuntos para limitar la capacidad de los contribuyentes de eliminar toda la doble imposición internacional con el único fin de *"acercar el tipo efectivo del impuesto al tipo nominal, sobre todo de las grandes empresas"*⁴⁴⁸ resulta, si se nos permite, una equivocación de calado. Si lo que se quiere es aproximar el tipo efectivo al nominal, existen otras medidas que podrían ayudar a la consecución de ese objetivo, sin generar doble imposición⁴⁴⁹. Si lo que de verdad se pretende es aumentar la recaudación para cumplir con los planes presupuestarios gubernamentales⁴⁵⁰, otra solución habría sido volver a

⁴⁴⁸ Esta es la justificación ofrecida en la referencia del Consejo de Ministros del 27 de octubre de 2020. Disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2020/refc20201027.aspx>

⁴⁴⁹ Algunos ejemplos serían los siguientes: eliminación de ciertas reducciones como la de rentas procedentes de determinados intangibles (por otra parte, habitualmente negada por la administración tributaria en sus actuaciones de comprobación e investigación), la reformulación de deducciones o incluso la eliminación de la reserva de capitalización.

⁴⁵⁰ Ese parecía ser el objetivo implícito en la reforma de 2019 como defendían ESCUDERO y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ. Cfr. *Argumentos basados en datos,*

incrementar el tipo de gravamen recientemente reducido desde el 30%, o incluso aplicar, al estilo de otros países de nuestro entorno en otros momentos históricos, recargos de solidaridad o de crisis. Todo ello habría tenido mucho más sentido que olvidar que los dividendos de fuente extranjera ya han pagado una vez el Impuesto sobre Sociedades en el extranjero y no deberían generar una mayor tributación en España por el mero hecho de su repatriación.

Y es que el legislador no ha tenido en cuenta que esta medida, además, puede tener importantes consecuencias en la repatriación de las rentas a nuestro país, incentivando bien que los grupos españoles utilicen holdings en el extranjero que reciban las rentas, no las repatrien (con los consiguientes efectos negativos macroeconómicos) y las reutilicen en sus inversiones o incluso las presten a sus sociedades matrices españolas, generando una deducción por los gastos financieros, con ciertos límites⁴⁵¹, bien que se utilice como cabecera de inversión sociedades no holding que realicen actividades económicas en otros países, así como que en el caso de los grupos extranjeros los mismos dejen de utilizar a nuestro país como cabecera de sus filiales en otros países o se nieguen a constituir sociedades conjuntas con socios españoles (las popularmente conocidas como *joint ventures*) en territorio español, obligando a la empresa española a acudir al extranjero, con los inconvenientes prácticos que ello supondría para nuestras empresas. En resumen, esta medida podría traer consigo una pérdida de competitividad de la economía española, así como una menor circulación de capitales por nuestro país. En nuestra

El País, 16 de agosto de 2018. Disponible en https://elpais.com/elpais/2018/08/15/opinion/1534357444_221811.html

⁴⁵¹ Estas conductas, no obstante, podrían combatirse bajo la nueva redacción de la transparencia fiscal internacional que se está tramitando actualmente en sede parlamentaria.

opinión, todo lo anterior no se puede ver sanado por el mero hecho de que otros países también tengan normas similares⁴⁵².

Además, la normativa en cuestión presenta potenciales problemas en relación con el Derecho de la Unión Europea, tanto primario (la libertad de establecimiento al discriminar a la filial frente al establecimiento permanente) como derivado (la propia Directiva matriz-filial en lo que se refiere a la no inclusión de una definición de gastos de gestión para así no ir más allá de los propios términos del artículo 4.3 de la Directiva, así como por la acumulación de 5% en los dividendos en cadena) e incluso con diversos convenios de doble imposición firmados por España, lo que debería hacer replantearse la medida en su conjunto.

La segunda cuestión es más heterogénea. Como se ha podido apreciar a lo largo de este capítulo, la redacción del artículo 21 sigue teniendo carencias bastante evidentes que introducen un grado de inseguridad jurídica poco recomendable. En este sentido, sería conveniente que se reformase la normativa en vigor para resolver estos defectos y, en particular establecer de forma expresa:

- Que la exención del artículo 21 de la LIS es del 100 por 100 de la renta, como por otra parte establece la Directiva matriz-filial, y no del 95 por ciento de la misma, como podría desprenderse de la errónea redacción de la referencia del Consejo de Ministros que aprobó el Proyecto de Ley originario o incluso del mismo Preámbulo de la LPGE 2021.

⁴⁵² La referencia del Consejo de Ministros justifica la adopción de la medida en el hecho de que esta medida se aplica en Francia, Italia o Alemania.

- La no vinculación del artículo 21 de la LIS al método de eliminación de la doble imposición previsto en un convenio de doble imposición.
- La redefinición de la relación entre las diversas modalidades de eliminación de la doble imposición internacional, de forma que la misma no pueda girar en torno a una institución tan controvertida y tan poco adecuada a estos efectos como el de las opciones tributarias del artículo 119.3 de la LGT, así como la inclusión en la LIS de una norma que especifique cuáles son las opciones tributarias concretas que caerían bajo dicho artículo, en su caso.
- La posibilidad de incluir entre las rentas a las que se aplique el régimen de exención, las rentas imputadas por la participación en una EAR extranjera cuando las mismas se correspondan con dividendos que hayan sido gravados en el Estado de la fuente o en un tercer Estado, bien en sede de la propia entidad o del propio contribuyente español.
- La no inclusión de los dividendos exentos en el resultado contable a efectos del cálculo del pago fraccionado mínimo de la Disposición adicional decimocuarta de la LIS.
- La clarificación de que ni las Entidades de Capital Riesgo ni sus socios están obligadas a mantener una participación indirecta del 5 por ciento en sus filiales de segundo o ulterior nivel, y la aclaración de que el régimen excepcional para los socios de las ECR es aplicable también a los dividendos percibidos de ECR no residentes en nuestro país.

- La aplicación del artículo 21 a los dividendos procedentes de fondos de reparto, por la parte que hayan soportado doble imposición económica.

CONCLUSIONES

1. Uno de los grandes objetivos del legislador de 1996 era fomentar la inversión española en el extranjero. Para ello, debía afrontar el principal problema fiscal de dicha inversión: la existencia de doble imposición económica que reducía tanto el retorno de la inversión como los incentivos a la repatriación de la renta a territorio español. Y lo hizo mediante la incorporación a nuestro ordenamiento del método de exención (en sus diversas versiones) para la eliminación de la doble imposición económica de dividendos.

Puede considerarse que ese objetivo se cumplió a la vista de la evolución de la economía española desde dicho año, aunque no ha sido un objetivo que se haya conseguido de inmediato. En este sentido, las circunstancias de la economía española (y del resto del mundo) a finales de los años 90 eran muy distintas a las existentes hoy y las mismas han influido en la inversión internacional de las empresas de nuestro país.

2. Si a lo anterior se le une el proceso de armonización de la fiscalidad directa llevado a cabo desde la Comisión Europea y el TJUE, se entiende porqué el legislador tuvo que ir modulando la aplicación del método de exención desde el esquema dual inicial de exención modificada (en el régimen general) y exención pura (en las ETVEs) hasta llegar al actual régimen único para todos los dividendos, con

independencia de que sean de fuente interna o extranjera.

Y, es que, como ya hemos señalado en el Capítulo III de esta obra, el verdadero motor de la reforma del artículo 21 de la LIS fue su adecuación al ordenamiento de la Unión Europea. La LIS de 2014 trajo consigo la unidad en las regulaciones de la exención de los dividendos, así como la eliminación de diversas cláusulas de la antigua redacción del artículo 21 del TRLIS (como las de obtención de un porcentaje mínimo de rentas empresariales o la de no aplicación del método de exención a ciertos supuestos de deslocalización empresarial) que planteaban problemas de compatibilidad con el Derecho europeo.

Como señalaba el propio preámbulo de la Ley, uno de los objetivos de la reforma era adaptar la norma al Derecho de la Unión Europea, pero también incrementar la competitividad económica al favorecer la repatriación de dividendos sin coste tributario, simplificar el impuesto e introducir mayor seguridad jurídica. Todo ello requería una revisión en profundidad del artículo 21 de la LIS, cuya redacción aplicable a los dividendos había permanecido prácticamente sin cambios, desde el año 2004.

Es cierto que el esfuerzo fue notable. La nueva norma pretendía resolver algunos de los problemas tradicionales de la anterior regulación como la ausencia de un concepto de dividendos o participaciones en beneficios, la reformulación del concepto de impuesto de naturaleza idéntica o análoga al IS español o la supresión de las complejidades

existentes en torno a la determinación de la naturaleza empresarial de los ingresos de las entidades directamente participadas.

Al mismo tiempo, el legislador pretendió enmarcar estas novedades en el esquema tradicional de la exención, basado en la existencia de una participación significativa durante un plazo mínimo de tiempo y en la exigencia de una tributación comparable a la española. Sin embargo, la ejecución de la reforma en 2014 y, especialmente la realizada por la LPGE 2021, desafortunadamente no ha sido la más adecuada por los motivos que exponemos a continuación.

3. En primer lugar, el nuevo concepto de dividendos o participaciones en beneficios podría mejorarse en diversos aspectos. Aunque el legislador ha ampliado el concepto de participaciones en beneficios para incluir rentas obtenidas por contribuyentes que no ostentan la condición de socio (pero que pueden soportar doble imposición económica) así como las rentas de préstamos participativos y los "dividendos manufacturados" de los préstamos de valores, aun así ha perdido la oportunidad de completar la definición con otras rentas derivadas de beneficios, cuya percepción por un contribuyente residente en España genera doble imposición económica.

Es el caso de las rentas derivadas de operaciones vinculadas en una relación socio-filial o de ajustes de subcapitalización, las primas de asistencia a juntas, los usufructos de acciones, las rentas de contratos de cuentas en participación, los bonos de

disfrute y las cantidades percibidas en operaciones de devolución de prima de emisión o reducción de capital con devolución de aportaciones que se correspondan con una distribución de reservas previamente gravadas.

Asimismo, se echa en falta en la definición la inclusión de una cláusula de cierre en relación con cualesquiera otras rentas calificadas como dividendos o participaciones en beneficios en un tercer país (por ejemplo, por aplicación de las recomendaciones de la Acción 2 del Proyecto BEPS) y que deberían calificarse como tales bajo Derecho español, en la medida en que las mismas se correspondan con distribuciones de beneficios, siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 10 de julio de 2014 y 16 de marzo de 2016, sobre instrumentos híbridos australianos y los JSCP brasileños.

En conclusión, el concepto "dividendos o participaciones en beneficios" del artículo 21 debería reformularse en dos direcciones. En primer lugar, para referirse a los dividendos en sentido estricto, consecuencia de una decisión social de distribución de beneficios, y a las participaciones en beneficios obtenidas por contribuyentes, socios o no socios. Y, en segundo lugar, para incluir también cualesquiera otras rentas extranjeras que tengan esa calificación conforme a los criterios del Tribunal Supremo, así como las rentas recalificadas como dividendos o participaciones en beneficios por parte de las autoridades tributarias competentes,

españolas o extranjeras, que hayan dado lugar, de forma efectiva, a doble imposición económica.

4. En segundo lugar, el requisito de participación significativa también recibió la atención del legislador que trató de mejorarlo incorporando a la Ley el requisito de participación cuantitativa mínima de las ETVEs que, como tantas veces en los más de veinte años de vigencia del método de exención, han actuado de verdadero banco de pruebas de medidas y normas luego incorporadas a las sociedades de régimen general. Sin embargo, esta modalidad para dar cumplimiento al requisito de participación mínima, ha sido recientemente eliminado en la LPGE 2021 para participaciones adquiridas a partir del 1 de enero de 2021, en lo que constituye, en nuestra opinión, un retroceso en el proceso de eliminación de la doble imposición económica iniciado en 1996.

En cualquier caso, este requisito todavía necesita de diversas mejoras y modificaciones que eviten la inseguridad jurídica e incluso el incumplimiento de los principios de justicia tributaria que genera la redacción actual.

En particular, no se prevén reglas especiales para los supuestos de reducción del porcentaje de participación en operaciones de reestructuración acogidas al régimen fiscal especial del Capítulo VII del Título VII de la LIS ni para el cómputo de dicho porcentaje a través de sociedades del mismo grupo del artículo 42 del Cco no participadas directa o indirectamente por el contribuyente ni, por último, se regulan los efectos *ab initio* del cumplimiento del

plazo de un año a posteriori de la fecha de vencimiento del plazo ordinario de presentación de la declaración del IS.

5. Mención aparte merece la regla del 70 por ciento aplicable a las participaciones indirectas poseídas a través de sociedades holding, que puede ser contraria a la Directiva matriz-filial, en la medida en que su artículo 4.1 no permite negar la exención a todo o parte de los dividendos recibidos de una filial residente en la UE, por razón de la no existencia de participaciones indirectas mínimas, y cuya compleja regulación además puede resultar en supuestos de doble imposición económica no queridos.

Recordemos que el verdadero propósito de esta norma no era otro que conservar en la LIS una norma anti-abuso del TRLIS que buscaba evitar situaciones abusivas de interposición de sociedades vacías para poder cumplir los requisitos de participación mínima o de tributación comparable. Esta regla estaba ya incluida en la regulación de la naturaleza empresarial de los ingresos de las entidades directamente participadas del antiguo artículo 21.1 c) del TRLIS y el legislador, como decimos, no quiso eliminarla en la nueva Ley.

En nuestra opinión, si se quiere evitar una situación de abuso lo mejor sería utilizar los mecanismos anti-abuso generales existentes en la Ley General Tributaria y no diseñar otros que provocan resultados disonantes en el método de exención, así como una norma de muy complicada interpretación y aún más complicada comprobación.

6. Con todo, lo más óptimo sería, en nuestra opinión, eliminar la referencia a la existencia de una participación mínima, lo que permitiría eliminar cualquier doble imposición económica existente y simplificar de forma notable las complejidades que rodean la aplicación del método de exención. No debemos olvidar que el problema real de la doble imposición económica no reside en que se pueda ejercer un control mayor o menor de la entidad participada o que la participación adquirida tenga mayor o menor valor, sino en todo caso que la participación se haya poseído durante un tiempo mínimo y, especialmente, que haya existido doble imposición efectiva. Estos dos últimos requisitos se regulan con mayor o menor fortuna en la Ley y con ellos debería bastar.

Esta solución, además, mejoraría incluso el escenario que para la doble imposición interna existía antes de la Ley 27/2014 (con una exención modificada del 50% en caso de participaciones que no cualificaran para la exención del 100%), cumpliendo con los principios de justicia tributaria subyacentes a la eliminación de la doble imposición. Adicionalmente, conseguiría reducir sustancialmente los supuestos de conflictividad de este requisito, que como avanzábamos en el Capítulo III, es el gran responsable de la complejidad de la norma, así como avanzar en la seguridad jurídica tan necesaria en esta materia. Sin embargo, a la vista de las modificaciones introducidas en la LPGE 2021, no parece que ésta vaya a ser la ruta a seguir por el legislador.

7. En cuanto al requisito de tributación comparable, el mismo podría analizarse desde dos perspectivas distintas.

Una primera sería la de la necesidad o no de su redacción dual (una regla convencional y otra de tributación mínima) dado el escaso volumen de la inversión española en países o territorios con un tipo nominal de tributación inferior al 10 por ciento. En este sentido, la mejor explicación para la coexistencia de estos dos regímenes desde 2015 sería la necesidad de evitar una excesiva discrecionalidad de los órganos de aplicación y comprobación de los tributos y la consiguiente inseguridad jurídica del contribuyente al realizar inversiones en países o territorios con impuestos con una estructura no equivalente al IS español, facilitando al mismo tiempo la aplicación de la exención.

La solución adoptada favorece sin duda la seguridad jurídica, pero permite la aplicación de la exención en supuestos en los que no existe tributación efectiva en países convenidos, resultando en posibles desimposiciones totales de una renta.

Esta problemática podría verse resuelta tras la aprobación de la Ley contra el fraude fiscal, que prevé la posibilidad de que un Estado con el que exista un convenio de doble imposición en vigor pueda ser considerado como jurisdicción no cooperativa y, por tanto, los dividendos de las entidades allí residentes no sean aptos para la exención del artículo 21 de la LIS. Para ello, será necesario que la administración española incluya en la lista de

jurisdicciones no cooperativas, no ya solo países o territorios, sino también regímenes fiscales específicos, lo que, como decimos, introduciría mucha mayor seguridad jurídica en esta cuestión.

La segunda perspectiva es la de la propia redacción del requisito, muy mejorable técnicamente y que demanda una revisión casi completa de su estructura técnica, así como la fijación de criterios definitorios en la normativa tributaria.

En nuestra opinión, cuatro son las cuestiones que deberían reformularse:

- En primer lugar, la tributación comparable debería exigirse de los dividendos procedentes de entidades participadas directa o indirectamente, incluyendo, en su caso, también las rentas obtenidas indirectamente a través de establecimientos permanentes en terceros Estados de las entidades directa o indirectamente participadas.
- En segundo lugar, debería regularse de forma correcta la acreditación de la residencia de la entidad participada en un país con un impuesto comparable al español.
- En tercer lugar, debería establecerse específicamente que la residencia de la entidad participada en un Estado miembro de la UE supone el cumplimiento automático del requisito.

- Y, finalmente, deberían mejorarse las diversas definiciones técnicas de la norma, como "sujeción y no exención", "impuesto sobre la renta" y "tipo nominal", que presentan carencias importantes que han tenido que ser resueltas por la doctrina administrativa.

8. En relación con la regulación de la norma anti-paraisos fiscales (o jurisdicciones no cooperativas en la denominación del Proyecto de Ley contra el fraude fiscal actualmente en tramitación), debería modificarse en dos direcciones. En primer lugar, para eliminar la mención legal a Estados miembros de la UE, tanto por carecer de un objeto específico desde que hace años salió de la lista el último Estado miembro de la UE, como porque su redacción sigue siendo contraria al Derecho europeo al no tener en cuenta la discriminación que genera en relación con las denominadas "sociedades patrimoniales" del artículo 5 de la LIS. Y, en segundo lugar, mejorarse técnicamente para incluir una regla específica sobre el seguimiento de las reservas para aquellos casos de entidades participadas residentes en paraísos fiscales solo en algunos años, pero que distribuyan dividendos que proceden de reservas de aquellos ejercicios.

9. También puede mejorarse técnicamente la norma de exclusión de los dividendos que generen un gasto fiscalmente deducible en su pagador. Primero, porque las desimposiciones pueden producirse vía mecanismos como bonificaciones o créditos fiscales y segundo porque la regla no implementa de forma correcta las

recomendaciones de la Acción 2 del Proyecto BEPS ni en relación con las asimetrías importadas ("*imported mismatches*") ni con los híbridos institucionales.

10. Asimismo, una estructura correcta de este artículo debería regular también otros aspectos que hasta ahora o no están adecuadamente cubiertos, o lo están de forma dispersa en nuestro ordenamiento tributario. En particular, sería conveniente:

- (i) Establecer de forma precisa la no vinculación del artículo 21 de la LIS al método de eliminación de la doble imposición previsto en un convenio de doble imposición.
- (ii) Contemplar la incompatibilidad entre la aplicación simultánea de los diversos métodos de eliminación de la doble imposición de forma que no se pueda interpretar que la misma gira en torno a la institución de las opciones tributarias del artículo 119.3 de la LGT, o alternativamente incluir una lista de opciones tributarias al estilo de las normativas forales alavesa, guipuzcoana y vizcaína, en las que no se incluya esta cuestión.
- (iii) La incompatibilidad absoluta con la transparencia fiscal internacional, de forma que quede claro que no podrá aplicarse la exención sobre la parte de los dividendos que proceda de rentas pasivas con independencia del porcentaje de participación, en su caso.

- (iv) La regulación correcta de la relación con el régimen de entidades en atribución de rentas, cuando las mismas (o el contribuyente español) ya hayan sido gravadas en el Estado de la fuente o en un tercer Estado.
- (v) La no inclusión de los dividendos exentos en el resultado contable a efectos del cálculo del pago fraccionado mínimo de la Disposición adicional decimocuarta de la LIS.
- (vi) Y, por último, otras mejoras técnicas en relación con las entidades de capital riesgo y las instituciones de inversión colectiva.

11. Por último, debemos hacer alusión a algunas otras medidas recientemente incorporadas a nuestro ordenamiento a través de la LPGE 2021 y, particularmente, la reducción de la cuantía exenta al 95 por ciento del importe del dividendo, cuya redacción, aparte de su incidencia sobre los principios de justicia tributaria, constituye un error estratégico que lastrará la competitividad de las empresas españolas.

En este sentido, la redacción legal es mejorable e introduce dudas sobre muy diversas cuestiones como:

- (i) La cuantía exacta de la exención (95 o 100 por 100), cuestión que impacta de forma trascendente en otras normas de la LIS.
- (ii) La compatibilidad de una regla de no deducibilidad introducida a través de una

LPGE con el artículo 134.7 de la Constitución (y la Disposición final novena de la LIS), o alternativamente, la compatibilidad de una exención del 95 por ciento con la Directiva matriz-filial.

- (iii) La compatibilidad de la norma con la libertad de establecimiento del artículo 49 del TFUE, dado que discrimina la inversión en otros Estados miembros a través de entidades filiales primando los establecimientos permanentes, e incluso con los artículos 4.1 y 4.3 de la Directiva matriz-filial al permitir la integración en la base imponible de cantidades superiores al máximo del 5 por ciento previsto en dicha norma y configurarse como una presunción cuasi automática de no deducibilidad de gastos de gestión, pudiendo ir más allá de los propios términos de las limitaciones de la Directiva.

12. Como conclusión final, cuando ya se ha cumplido el sexto periodo impositivo de vigencia de la nueva redacción del método de exención de los dividendos de fuente extranjera, podemos señalar que su aplicación está muy consolidada en nuestro ordenamiento tributario hasta el punto de que las sucesivas reformas desde 1996 hasta la fecha han tratado siempre de mejorar su aplicación y otorgar seguridad jurídica en la internacionalización de la empresa española, no planteándose en ningún caso una vuelta al escenario anterior a 1996.

13. A pesar de ello, la redacción de la norma tiene errores y carencias evidentes que perjudican esa pretendida seguridad jurídica y encajan mal con los principios de justicia tributaria a los que el método de exención pretendía servir. Evidentemente, la redacción actual necesita una reforma que permita corregir los errores existentes y mejorar técnicamente algunos aspectos de este régimen. Desafortunadamente, lo anterior no ha logrado materializarse en la última reforma de la exención de la LPGE 2021 que, en algunos aspectos, se orienta en una dirección distinta a la LIS de 2014.

BIBLIOGRAFÍA

AGULLÓ AGÜERO, A.: - Operaciones vinculadas. En VV.AA. "Estudios sobre el impuesto de sociedades". Edit. Comares, Granada, 1998.

AGULLÓ AGÜERO, A. y ESTEVE PARDO, M.L.: - Régimen tributario de las operaciones entre sociedades vinculadas. En VV.AA. "Presente y futuro de la imposición directa en España". AEDAF, Edit. Lex Nova, Valladolid, 1997.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: - Editorial: El centenario del Código de Comercio. HPE n° 94, 1985.

ÁLVAREZ BARBEITO, P.: - Un matiz a la aplicación del artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en casos de obtención de dividendos a través de entidades holding. Análisis GA&P, 1 abril 2016.

ALMUDÍ CID, J.M.: - El régimen antielusivo de transparencia fiscal internacional. En VV.AA. "Fiscalidad Internacional", 6ª ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2015.

- El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros. En VV.AA. "Fiscalidad Internacional", 6ª ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2015.

- La armonización de las normas de imputación de rentas de entidades extranjeras controladas en la Unión Europea. En VV.AA. "La armonización de las normas contra la elusión fiscal relativas a la fiscalidad directa en la Unión Europea", Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: - Técnicas desgravatorias y deber de contribuir. Edit. McGraw Hill, Madrid, 1999.

AVERY JONES, J.F.: - Characterization of other states' partnerships for income tax. Bulletin for International Taxation, 2002, Vol. 56, n° 7.

BARRENECHEA ELORRIETA, S. y SOTO RODRÍGUEZ, L.: - Régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros. Impuestos, Vol. II, 1998.

BOUZORAA, D.: - The Parent-Subsidiary Directive: Denkvit's lessons. European Taxation, n° 1, 1997.

BRACCIONI, P. y VALENTE, P.: - Denkvit Case - a comparative approach. Tax Planning International European Union Focus, n° 1, October 1998.

BROSETA PONT, M.: - Régimen de los préstamos participativos (el artículo 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización). Revista de Derecho Bancario y Bursátil, n° 14, 1984.

CALDERÓN CARRERO, J.M.: - Estudio de la normativa española sobre subcapitalización de sociedades a la luz del principio de no discriminación: análisis de su compatibilidad con los Convenios de Doble Imposición y con el ordenamiento comunitario. Crónica Tributaria, n° 76, 1995.

- Amendments to Spanish methods of avoiding international economic double taxation and the tax treatment of Spanish holding entities. Intertax, n° 5, 1997.

- Estudio de las nuevas medidas para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional y tratamiento de las sociedades holding españolas. *Impuestos*, nº 19, 1997.

- La doble imposición intersocietaria internacional y las sociedades holding. *Boletín de Fiscalidad Internacional, Revista de la Economía Social y de la Empresa*, nº 25, 1997.

- La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación. Edit. McGraw Hill, Madrid, 1997.

- La doble imposición internacional en los Convenios de Doble Imposición y en la Unión Europea. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997.

- La planificación fiscal internacional basada en el artículo 20bis LIS: La sujeción a un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga. *Carta Tributaria* nº 21, 2002.

- A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición al hilo de una resolución del TEAC sobre híbridos financieros: la reciente reacción de la OCDE frente al arbitraje fiscal internacional. *Quincena Fiscal*, nº 12, 2012.

- Capítulo IV. Métodos para eliminar la doble imposición. En VV.AA. "Todo Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea", CISS, Valencia, 2019.

- La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación, en VV.AA. "Fiscalidad Internacional", Vol. 1, Centro de Estudios Financieros, 7ª ed., 2019, Madrid.

CALDERÓN CARRERO, J.M. y MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.: - Capítulo I. Los tratados internacionales. Los convenios de doble imposición en el ordenamiento español: naturaleza, efectos, interpretación e impacto del Proyecto OCDE/G20 BEPS a la luz del Convenio Multilateral frente a la Erosión de Bases Imponibles y la Transferencia de Beneficios. En VV.AA. "Todo Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea", CISS, Valencia, 2019.

- La Directiva UE 2016/1164 contra las prácticas de elusión fiscal que inciden en el mercado interior: ¿El principio del final de un IS nacional o una pieza más de descoordinación en el nuevo orden post-BEPS? Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, nº 407, 2017.

CALVO, R. y PONS, E.: - Régimen fiscal especial de los socios. En VV.AA. "Tratado de la SOCIMI". Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

CALVO SALINERO R. y SAN SALVADOR PICÓ, E.: - Spain: Spanish Supreme Court confirms that Brazilian 'juros sobre o capital próprio' can benefit from Spanish participation exemption regime, INTERNATIONAL Tax Review website: <http://www.internationaltaxreview.com/Article/3549782/Spain-Spanish-Supreme-Court-confirms-that-Brazilian-juros-sobre-o-capital-prprio-can-benefit-from.html>

- Tax Treatment of JSCPs in Spain: Past, Present and Future. *European Taxation*, n° 10, 2017.

CALVO VÉRGEZ, J.: - La tributación de las ETVEs en el IS: Principales cuestiones. *Carta Tributaria - Monografías*, n° 22, Quincena del 16 al 31 dic. 2006, Editorial CISS.

CAMPANÓN GALIANA, C.: - Declaración de inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 2/2016 por el que se regulaba el pago fraccionado mínimo a cuenta del Impuesto sobre Sociedades, *Carta Tributaria - Revista de Opinión*, n° 65-66, 2020.

CARMONA FERNÁNDEZ, N.: - Ámbito de aplicación de los convenios de doble imposición. En VV.AA. "Todo Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea". CISS, Valencia, 2019.

CARREÑO, F.: - Deducción para evitar la doble imposición internacional (Arts. 29, 29bis, 30 y 30bis de la LIS). En VV.AA. "Comentarios al Impuesto sobre Sociedades". Vol. II, Cuatrecasas Abogados, Edit. Civitas, Madrid, 1998.

- Régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros (Arts. 129 a 132 de la LIS). En "Comentarios al Impuesto sobre Sociedades", obra colectiva. Vol. II, Cuatrecasas Abogados, Edit. Civitas, Madrid, 1998.

CASADO OLLERO, G.: - El principio de capacidad y el control constitucional de la imposición directa (II). El contenido constitucional de la capacidad económica. Civitas, *Revista Española de Derecho Financiero*, n° 34, 1982.

CASERO, R.: - Spain: new holding company regime for outbound investments. *Intertax*, nº 12, 1996.

CASTRO ARANGO, J.M.: - Tesis Doctoral. El concepto de dividendo en los Convenios de Doble Imposición. Diciembre de 2014. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20673/castro-arango-jm-tesis.pdf?sequence=1>

CHECA GONZÁLEZ, C.: - Impuesto sobre la renta de no residentes. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1999.

CLAVIJO HERNÁNDEZ, F.: - Impuesto sobre Sociedades. En VV.AA. "Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: Los tributos en particular", edit. Marcial Pons, 16ª ed., Madrid, 2000.

COLMENAR VALDÉS, S.: - Las deducciones por doble imposición: (I) doble imposición interna de beneficios societarios. *Impuestos*, nº 11, 1996.

- Las deducciones por doble imposición: (II) doble imposición internacional. *Impuestos*, nº 14, 1996.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: - Report of the Committee of independent experts on company taxation. Edit. Commission of the European Communities, Bruselas-Luxemburgo, 1992.

CRUZ PADIAL, I.: - Transparencia fiscal internacional: régimen general e interrelación con los Convenios de Doble Imposición. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

Bibliografía

- Transparencia fiscal internacional: una realidad inacabada. *Crónica Tributaria*, nº 166, 2018.
- CUESTA CABOT, G.: - El nuevo sistema de la corrección de la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades. *Quincena Fiscal*, nº 13, 2015.
- DABIN, L.: - Le contrôle des holdings en Droit belge. *Die Aktiengesellschaft*, 20 de octubre de 1977, nº 10.
- DAEMS, H.: - The holding company and corporate control. Edit. Martinus Nijhoff Social Sciences Division, Leiden/Boston, 1978.
- DELGADO PACHECO, A.: - Las entidades en atribución de rentas y el régimen fiscal de partnerships y trusts en España. En VV.AA. "Manual de Fiscalidad Internacional", 3ª ed., Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2007.
- DIAZ ARIAS, J.M.: - El nuevo Impuesto sobre Sociedades. Editorial Gaceta Fiscal, Madrid, 1996.
- VAN DUIJ, H. y SINNIGE, K., Netherlands - Corporate Taxation, Country Tax Guides, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 2020.
- ESCUDERO, M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: - Argumentos basados en datos. *El País*, 16 de agosto de 2018. Disponible en https://elpais.com/elpais/2018/08/15/opinion/1534357444_221811.html
- EASSON, A.: - Taxation in the European Community. Edit. The Athlone Press, Londres, 1993.

- Taxing international income. En "Tax conversations: A guide to the key issues in the tax reform debate. Essays in honour of John G. Head". Edit. Kluwer, Londres, 1997.

ERNST & YOUNG: - Análisis de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades y de su Reglamento. Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997.

ESTEVE PARDO, M.L.: - Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

FALCÓN Y TELLA, R.: - Análisis de la transparencia tributaria. Edit. IEF, Madrid, 1981.

- Capítulo IV. Impuesto sobre Sociedades. En VV.AA. "Medidas Fiscales para 1997", edit. Civitas, Madrid, 1997.

- Capítulo IV. Impuesto sobre Sociedades. En VV.AA. "Medidas Fiscales para 1998", edit. Marcial Pons, Madrid, 1998.

- Las fórmulas transitorias de "regularización" establecidas por el RD Ley 12/2012, de reducción del déficit: los gravámenes especiales del 8% y del 10%. Quincena Fiscal nº 8, 2012.

FANTOZZI, A. y MANGANELLI, A.: - An Analysis of Italy's Implementing Legislation for the EC Parent/Subsidiary Directive. Tax Notes International, Vol. 6, 1993, nº 12.

Bibliografía

- Directive implementation leaves EC short of full harmonization. *The Journal of International Taxation*, July, 1993.

FERNÁNDEZ, M.L.: - Híbridos financieros: préstamos participativos. Especial referencia a su problemática fiscal en el ámbito internacional. *Impuestos*, nº 1, 2000.

FERRER VIDAL, D.: - Las operaciones vinculadas: el ajuste secundario. Edit. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, recurso electrónico.

VAN FRAEYENHOVEN, G.: - Ponencia general. *Cahiers de Droit fiscal international*. Vol. LXXIIb, edit. Kluwer, Holanda, 1987.

FRUTOS RAMÍREZ, G. DE: - Base Imponible. Exenciones doble imposición. En VV.AA. "Guía del Impuesto sobre Sociedades. Adaptada a la reforma fiscal 2015", 3ª ed., CISS, Valencia, 2015.

GABARRÓ, C.: - Spain: considering holding regimes and other tax benefits. *Tax Planning International Review*, nº 7, 1999.

GALLI, C.: - Silent partnerships in international tax planning. *International tax report*, London, febrero 2000.

GARBARINO, C.: - La tassazione del reddito transnazionale. Edit. Cedam, Padua, 1990.

GARCÍA, M.: - El marco fiscal del capital-riesgo español tras la reforma del IS. *Revista Española de Capital Riesgo*, nº 4/2016.

GARCÍA PRATS, A.: - Comentarios al artículo 9 MC OCDE. En "Comentarios a los Convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España". Fundación Pedro Barrié de la Maza, IIEG, 2004.

GARCÍA MUÑOZ, J.C. y COSTAS RODRÍGUEZ, R.: - Reales decretos-ley 2/2016 y 3/2016: Impuesto mínimo, pago fraccionado mínimo y compensación de bases imponibles negativas. En VV.AA. "Imposición sobre el beneficio empresarial: evolución reciente, perspectivas de futuro". Fundación Impuestos y Competitividad, Madrid, 2019.

GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, B.: - Eliminación de la doble imposición en las rentas de origen extranjero. Régimen de exención. En VV.AA. "Guía Impuesto sobre Sociedades", 2ª ed., CISS, Valencia, 2008.

- Medidas unilaterales españolas para evitar la doble imposición internacional. En "Manual de fiscalidad internacional". 4ª ed., IEF, Madrid, 2016.

GARCÍA VILLAVARDE, R.: - Créditos participativos. En VV.AA. "Contratos Bancarios", Edit. Civitas, Madrid, 1992.

GÓMEZ JIMÉNEZ, I.L.: - Análisis crítico del artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Alternativas de reforma. Cuadernos de Formación, Instituto de Estudios Fiscales, Vol. I., Colaboración 03/06.

GONZÁLEZ FORNOS, M.: - La exención para evitar la doble imposición económica internacional sobre dividendos de fuente extranjera del artículo 21 LIS 2004 en relación con los juros sobre capital propio percibidos de filiales brasileñas (Resolución del Tribunal Económico-Administrativo

Bibliografía

Central de 26 de abril de 2012). En VV.AA. "2013. Practica Fiscal para Abogados", Edit. La Ley, Madrid, 2013.

GONZÁLEZ NARBONA, J.C.: - Cuáles son las ventajas reales del régimen español de sociedad holding (E.T.V.E.). Uso y práctica. Gaceta Fiscal, nº 172, 1999.

GONZALO PECES, J.L.: - For Spain read SEPARFI not SOPARFI. International Tax Review, June, 1997.

- Exención para evitar la doble imposición económica internacional. En VV.AA. "Impuesto sobre Sociedades. Régimen General. Tomo II", Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

GONZALO, J.L. y FUSTER, R.: - Spain displays new attractions. International Tax Review, June, 1996.

GOTA LOSADA, A.: - Tratado del Impuesto de Sociedades. Tomo III, Entidades sujetas y exentas. Edit. Extecom, Madrid, 1984.

HELMINEN, M.: - The International Tax Law Concept of Dividend Contributor. Kluwer Law International, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, the Netherlands, 2017.

HERRERA MOLINA, P.M.: - La exención tributaria. Edit. Colex, Madrid, 1990.

DE HOSSON, F.C.: - The Parent-Subsidiary Directive. Intertax, nº 10, 1990.

IZQUIERDO LLANES, G.: - El futuro de la tributación del capital en Europa. Edit. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1997.

JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, D.J.: - Doble (no) imposición e híbridos financieros: tendencias internacionales y reforma del Impuesto sobre Sociedades. En VV.AA. "Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3ª ed.). La Reforma del Sistema Tributario Español (2ª Parte)". Instituto de Estudios Fiscales, Doc. nº 10/2015, Madrid.

- Interpretación de la cláusula "subject-to-tax" en la directiva matriz-filial. ¿Basta con la mera sujeción o es necesaria tributación efectiva?: Análisis de la STJUE de 8 de marzo de 2017, Belgische Staat contra Wereldhave Belgium Comm. VA y otros (asunto C-448/15). Nueva Fiscalidad, 2/2017.

DE JUAN CASADEVALL, J.: - La transparencia fiscal internacional en la Unión Europea. Quincena Fiscal, nº 15-16, 2018.

DE JUAN LOZANO, A.M.: - Algunos interrogantes respecto a la identidad del procedimiento de inspección: cuestiones funcionales, temporales y estructurales. EN VV.AA. "V Congreso tributario: Cuestiones tributarias problemáticas y de actualidad", CGPJ, Escuela Judicial, núm. 156, 2009.

DE JUAN PEÑALOSA, J.L. y RAVENTÓS CALVO, S.: - El nuevo método de exención para los dividendos de fuente extranjera. Quincena Fiscal, nº 16, 1996.

LAMPREAVE MÁRQUEZ, P.: - Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros. Impuestos, nº 6, 2000.

LARKINS, E.R.: - The WTO ruling. Towards the end of the FSC? The Journal of International Taxation, January, 2000.

LIPP, M.: - The German silent partnership. European Taxation, nº 7, 2015.

LLANSÓ, M.: - Deducción para evitar la doble imposición interna: dividendos y participaciones en beneficios (Art. 28 de la LIS). En VV.AA. "Comentarios al Impuesto sobre Sociedades", Vol. I, Cuatrecasas Abogados, Edit. Civitas, Madrid, 1998.

LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: - Alcance del término "impuesto comparable" utilizado en los artículos 29bis y 30bis de la Ley 43/1995 del Impuesto sobre Sociedades. Carta Tributaria - Monografías, nº 322, 1999.

LÓPEZ POMBO, D.: - Corrección de la Doble Imposición Interna e Internacional. En VV.AA. "Imposición sobre el beneficio empresarial: evolución reciente, perspectivas de futuro", Fundación Impuestos y Competitividad, 1ª ed., 2019.

LÓPEZ RIBAS, S.: - Directiva contra las prácticas de elusión fiscal. Carta Tributaria, nº 17-18, 2016.

LÓPEZ-SANTACRUZ, J.A.: - Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros. "Guía del Impuesto sobre Sociedades", CISS, Valencia, 1996.

- Régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros. "Guía del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades", CISS, Valencia, 1997.

- Memento Impuesto Sobre Sociedades. Edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2020.

LOZANO SERRANO, C.: - Exenciones tributarias y derechos adquiridos. Edit. Tecnos, Madrid, 1988.

LUCAS DURÁN, M.: - Matrices y filiales: periodo mínimo de mantenimiento de la participación cualificada para poder disfrutar las ventajas conferidas por la Directiva 90/435/CEE. A propósito de la STJCE Denkavit et al. de 17 de octubre de 1996. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi, nº 4, 1997.

- La Sentencia del TJCE Denkavit et al. de 17 de octubre de 1996 y sus repercusiones en el Derecho tributario español. Quincena Fiscal, nº 22, 1997.

- Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional. En VV.AA. "Fiscalidad Internacional", 3ª y 7ª ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2004 y 2019.

MAISTO, G.: - The EC Court's interpretation of the Parent-Subsidiary directive under the Denkavit case. Intertax, nº 5, 1997.

- The implementation of the EC parent-subsidiary directive in Italy. Intertax, nº 8-9, 1992.

MACHANCOSES GARCÍA, E.: - La tributación de los beneficios percibidos por las matrices españolas procedentes de las filiales en el extranjero. Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

Bibliografía

- Los requisitos para eliminar la doble imposición económica (art. 21 y 32 LIS) a la luz de la Directiva matriz filial y de la libertad de establecimiento: especial incidencia en materia de cláusulas antiabuso. Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2017 (recurso electrónico).

MANGANELLI, A.: - The degree of harmonization attained through the implementation of the Parent-Subsidiary Directive in the EC Member States. En VV.AA. "Harmonization of Corporate Taxes in the EC". International Fiscal Association, Vol. 18a, edit. Kluwer, Deventer-Boston, 1994.

MARÍN-BARNUEVO FABO, D.: - Presunciones y técnicas presuntivas en derecho tributario. Edit. McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1996.

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J.: - El régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros. Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, nº 242, 1996.

- Consideraciones sobre el régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros tras la aprobación del reglamento del impuesto sobre sociedades. Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, nº 245, 1997.

- Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community. Edit. Kluwer Law International, London, The Hague, Boston, 1999.

- Oportunidades de planificación fiscal para la empresa española derivadas de los artículos 21 y 22 TRLIS. Carta Tributaria - Monografías, nº5, 2005.

- Beneficiario efectivo, cláusulas generales antiabuso, Directivas UE, CDI y «sentencias danesas» del TJUE: cómo integrar las piezas evitando conflictos e inseguridad jurídica (que no elimina el caso Colgate). Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, nº 452, noviembre 2020.

MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. y CALDERÓN CARRERO, J.M.: - El periodo de tenencia de la participación en las distribuciones de dividendos entre sociedades matrices y filiales: a propósito de las recientes modificaciones a los artículos 30 y 46.1.f) LIS y la Sentencia Denkavit. Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, nº 187, 1998.

- La exención en favor de los beneficios distribuidos por sociedades filiales españolas a sus matrices residentes en otro Estado de la Unión Europea. En VV.AA. "Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes". Edit. Civitas, Madrid, 1999.

MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M.: - La modificación de los pagos fraccionados operada mediante el Real Decreto-Ley 2/2016 es inconstitucional, ¿y ahora qué? Nueva Fiscalidad, nº 3, 2020.

MARTÍNEZ LAGUNA, F.D.: - Institutional Hybrid Financial Instruments and Double Non-taxation under Domestic Rules and Tax Treaty Law: The Example of Spain. Intertax, Vol. 44, Issue 6&7, 2016.

- Hybrid financial instruments, double non-taxation and linking rules. Edit. Kluwer Law International, Amsterdam, Países Bajos, 2019.

Bibliografía

MENÉNDEZ, A. y MÉNDEZ, M.: - Evolución de las inversiones en el extranjero de las empresas no financieras españolas e implicaciones para su estructura financiera y rentabilidad. Boletín Económico del Banco de España, diciembre 2011.

MONTESINOS OLTRA, S.: - El concepto de opción tributaria, Revista Española de Derecho Financiero n° 176, octubre-diciembre 2017.

MORENO GONZÁLEZ, S.: - De nuevo sobre el contenido constitucionalmente admisible de la Ley de Presupuestos Generales del Estado: ¿una vuelta a los orígenes? Revista de Información Fiscal, n° 71, 2005.

MUSGRAVE, P.: - United States, Taxation of foreign investment income: issues and arguments. Edit. Harvard University Press, Cambridge, EE.UU., 1969.

MUSGRAVE, R.: - Criteria for foreign tax credit. En "Taxation and operations abroad". Tax Institute, Princeton, EE.UU., 1959.

NAVARRO FAURE, A.: - El régimen jurídico-tributario de los préstamos participativos. En VV.AA. "Presente y futuro de la imposición directa en España". AEDAF, Edit. Lex Nova, Valladolid, 1997.

NEUMARK, F.: - Principios de la imposición. Edit. IEF-MEH, 2ª ed., Madrid, 1994.

PALAO TABOADA, C.: - Apogeo y crisis del principio de capacidad contributiva. En "Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Federico de Castro", Madrid, 1976.

PÉREZ DE AYALA, J.L.: - El marco fiscal de la subcapitalización de las empresas. En "XIX Jornadas Latino-Americanas de Derecho Tributario". Libro 3°. Edit. Asociación Fiscal Portuguesa, Lisboa, 1998.

PICCIOTTO, S.: - International Business Taxation. Edit. Quorum Books, Nueva York, 1992.

PONS, P.M.: - Comentarios a la nueva exención para evitar la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades español: impacto en grupos españoles e internacionales y otros inversores. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 39-2015.

QUINTAS BERMUDEZ, J.: - Comentario al artículo 25. Bonificaciones en la cuota. En VV.AA. "Comentarios a las Leyes Tributarias y Financieras", dirigido por Narciso Amorós Rica, Tomo IV, Vol. 2°, Madrid, 1986.

RAINER, A.: - European Court of Justice rules on Parent-Subsidiary Directive. Tax Notes International, Vol. 13, 1996, n° 18.

RODRÍGUEZ-PONGA SALAMANCA, E.: - Sociedades holding. Régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades. Cuadernos de Formación, Instituto de Estudios Fiscales, n° 33, 1996.

- Sociedad holding. Régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades. En "El Impuesto sobre Sociedades: La Ley y su nuevo Reglamento", Manual V, Expansión, Escuela de Hacienda Pública, Coopers & Lybrand, Madrid, 1997.

Bibliografía

ROMANO, C.: - Holding Company Regimes in Europe: A Comparative Survey. *European Taxation*, nº 7, 1999.

ROMERO FLOR, L.M.: - Las ETVE: un método para eliminar la doble imposición internacional. *Revista Técnica Tributaria*, nº 90, julio-septiembre, 2010, pág. 74.

- El régimen fiscal de las entidades holding. Edit. Bosch, Hospitalet de Llobregat, 2012.

- Fiscalidad española de las entidades en régimen de atribución de rentas constituidas en el extranjero. En VV.AA. "Cuestiones Actuales de Planificación Fiscal Internacional", Edit. Atelier, Barcelona, 2019.

RODRÍGUEZ SANTOS, J. y NADAL JIMÉNEZ, B.: - Los préstamos participativos (Análisis del artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio). *Crónica Tributaria*, nº 82-83, 1997.

RUBBENS, B.: - Madeira and Gibraltar holding companies and their status under the Parent-Subsidiary Directive. *EC Tax Journal*, nº 2, 1995/1996.

RUIZ GARCÍA, J.R.: - La deducción por dividendos en el sistema tributario español. Edit. Civitas, Madrid, 1991.

- La deducción por dividendos extranjeros. Los artículos 30 y 30 bis de la Ley del impuesto sobre sociedades. En "Estudios sobre el impuesto de sociedades", obra colectiva coordinada por P. Yebra Martul-Ortega, C. García Novoa, y A. López-Díaz. Edit. Comares, Granada, 1998.

SAINZ DE BUJANDA, F.: - Planificación económica y Hacienda Pública en los Estados nacionales contemporáneos. El factor financiero en el proceso de la unidad europea. En "Hacienda y Derecho", Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

- Derecho Fiscal Internacional. En "Hacienda y Derecho", Vol. III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.

- Teoría jurídica de la exención tributaria. Informe para un coloquio. En "Hacienda y Derecho", Vol. III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975

- Sistema de Derecho Financiero. Vols. I y II. Edit. Universidad Complutense, Madrid, 1977.

- Lecciones de Derecho Financiero. Edit. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2ª ed., Madrid, 1982.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A.: - La doble imposición internacional en la Unión Europea. Especial consideración del Impuesto de Sociedades. Edit. La Ley, Madrid, 1995.

SANZ GADEA, E.: - Impuesto sobre Sociedades. (Comentarios y casos prácticos). Tomos I y II, Edit. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1987 (1ª ed.) y 2004 (4ª ed.).

- Problemas actuales del Impuesto sobre Sociedades en el contexto internacional. Jurisprudencia Tributaria Aranzadi núm. 20/2003, Editorial Aranzadi.

Bibliografía

- Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social: impuesto sobre sociedades (II). Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, n° 252, 2004.
 - El resultado financiero en el Impuesto sobre Sociedades. Dividendos y plusvalías de cartera. Rentas exentas y no exentas (I). Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, n° 384, marzo 2015.
 - El resultado financiero en el Impuesto sobre Sociedades. Dividendos y plusvalías de cartera. Rentas exentas y no exentas (II). Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, n° 387, junio 2015.
 - Transparencia fiscal internacional. En VV.AA. "Manual de Fiscalidad Internacional", Vol. II, 4ª ed., 2016, Instituto de Estudios Fiscales.
 - La Directiva anti-abuso (II): la transparencia fiscal internacional. Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, 2017, n° 406.
 - La Directiva antiabuso. En VV.AA. "Fiscalidad Internacional", Vol 2, 7ª ed., Edit. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2019.
- SCHELPE, D.: - The Denkavit-Vitic-Voormeer case. EC Tax Review, n° 1, 1997.
- SCHONEWILLE, P.H.: - Some questions on the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive. Intertax, n° 1, 1990.

SIMÓN YARZA, M.E.: - La exención de dividendos y plusvalías para corregir la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades. Lex Nova-Thomson Reuters, 2015.

SOUSA DA CAMARA, F.: - Analysis of Article 2 (C) of the Parent-Subsidiary Directive. Madeira holding companies and their status under the Parent-Subsidiary Directive: another view? EC Tax Journal, n° 3, 1995/1996.

TERRA, B., WATTEL, P.: - European Tax Law. 2ª ed., Edit. Kluwer Law International, London, Boston, The Hague, 1997.

TERRAZA, J.J., MUÑIZ, N.J.: - New holding company regime. European Taxation, n° 4, 1997.

TOMAZELA, R.: - Why Brazil's interest on net equity should not be affected by BEPS Action 2. Kluwer International Tax Blog, August 26, 2015.

URÍA, R.: - Derecho Fiscal y Derecho Mercantil. HPE, n° 94, 1985.

VANISTENDAEL, F.: - The Implementation of the Parent/Subsidiary Directive in the EC - Comments on some unresolved questions. Tax Notes International, Vol. 5, 1992, n° 12.

VEGA BORREGO, F.A.: - El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición. Documentos de Trabajo, IEF, n° 8, 2005.

Bibliografía

- El beneficiario efectivo y el Impuesto sobre Sociedades, en VV.AA. "El impuesto sobre Sociedades y su reforma para 2007", Edit. Civitas, Madrid, 2006.
 - Análisis de las modificaciones introducidas en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes por la Ley 26/2014. Revista de Contabilidad y Tributación, Centro de Estudios Financieros, nº 383, febrero 2015.
 - La calificación de las entidades extranjeras como transparentes o no transparentes en los impuestos sobre la renta. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 31, 2015.
 - Las medidas antiabuso en los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional. En VV.AA. "Manual de Fiscalidad Internacional", Vol. II., 4ª ed., 2016, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.
 - Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2017.
- VICENT CHULIÁ, F.: - Introducción general a las relaciones entre el Derecho mercantil y el Derecho fiscal. HPE, nº 94, 1985.
- El Derecho fiscal al servicio de la institucionalización de la empresa. HPE, nº 94, 1985.
 - Las relaciones entre el Derecho mercantil y el Derecho fiscal después de la reforma tributaria (sistema fiscal 1978). Capítulo IV, Inédito (disponible en la biblioteca del Instituto de Estudios Fiscales).

VILLAR EZCURRA, M.: - Interpretación de la Directiva matriz-filial por la sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1996. Comunidad Europea Aranzadi, nº 1, 1997.

VOGEL, K.: - Worldwide vs. source taxation of income - A review and re-evaluation of arguments (Parts I, II and III). Intertax, nºs 8-11, 1988.

- Taxation of cross-border income, harmonization and tax neutrality under European Community Law. Edit. Kluwer, The Netherlands, 1994.

- Klaus Vogel on Double Taxation Conventions. Edit. Kluwer Law International, 3ª ed., Londres, La Haya, Boston, 1998.

- Should Europe adopt a uniform method for the avoidance of double taxation? Edit. IBFD International Tax Academy, Amsterdam, Lecture nº 1, 1999.

VV.AA.: - Informe de la Comisión de expertos para la reforma del sistema tributario español. Febrero 2014.
<https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2014/Documents/Informe%20expertos.pdf>
[f](#)

- Code of Conduct. (Business taxation). Informe del Grupo de Trabajo del Código de Conducta al ECOFIN, 29 de noviembre de 1999. Disponible en
https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/resources/documents/primarolo_en.pdf

Bibliografia

WEBER, D.M.: - The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes. EC Tax Review, n° 1, 1997.