

I. UNA CUESTIÓN PRELIMINAR: LA REFORMA DEL ART. 14.1. H) DEL TRLIRNR POR LA LEY 39/2010, DE 22 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2011.

Como seguramente se recordará mediante Sentencia de 3 de junio de 2010 (As. C-487/08) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) declaró que el Estado español vulneró la normativa comunitaria (art. 56 del Tratado de la Unión Europea) al supeditar la exención de los dividendos que distribuyen las sociedades residentes en España al requisito de que las sociedades beneficiarias tengan en el capital de las sociedades distribuidoras de los dividendos un porcentaje de participación más elevado en el caso de las sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro (el 20%) que en el caso de las residentes en España (el 5%).¹

1 Ya durante el año 2006, se inició, por parte de la Comisión, un procedimiento contra distintos Estados miembros como consecuencia del tratamiento fiscal que sus respectivos ordenamientos otorgaban a los dividendos satisfechos a sociedades no residentes y la posible vulneración del derecho a la libre circulación de capitales. Entre los Estados afectados estaban España, Italia, Países Bajos y Portugal. A tal efecto se ha de señalar que en el Asunto Comisión/Países Bajos (As. C-521/07) la Comisión, al considerar que los dividendos pagados a sociedades establecidas en los Países Bajos recibían un tratamiento más favorable que los dividendos pagados a sociedades establecidas en otros Estados miembros y en Estados del Espacio Económico Europeo (EEE) (y que, en consecuencia, Países Bajos no cumplía las obligaciones que le incumben en virtud de la libre circulación de capitales y del art. 40 del Acuerdo EEE) dirigió un requerimiento a dicho Estado miembro en 2005. Si bien los Países Bajos adaptaron su Derecho interno a partir del 1 de enero de 2007 a la Directiva 94/435/CEE, en lo que se refiere a la situación de los dividendos pagados a sociedades residentes en otros Estados miembros de la UE, ello no impidió que la Comisión interpusiera el recurso por incumplimiento en lo que respecta al art. 40 del Acuerdo sobre el EEE. Concretamente, y sobre la base de los acuerdos existentes para evitar la doble imposición que Países Bajos había celebrado con la República de Islandia y el Reino de Noruega, la exención de la reten-

(*) *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Extremadura.*

ción en origen del impuesto sobre los dividendos solo podía aplicarse a los dividendos repartidos a las sociedades islandesas o noruegas si éstas poseían, al menos, un 10% o un 25%, respectivamente, de las participaciones de la sociedad neerlandesa que los reparte. Dado que la norma tributaria neerlandesa establecía la exención de los dividendos satisfechos a una sociedad neerlandesa o establecida en otro Estado miembro si disponía de una participación de al menos el 5%, resultaba que las sociedades establecidas en la República de Islandia y el Reino de Noruega no estaban protegidas frente al riesgo de doble imposición cuando poseyesen más de un 5% pero menos de un 10% o menos de un 25%, respectivamente, de las participaciones de la sociedad neerlandesa que reparte los dividendos. Holanda sostenía que la diferencia de situación sobre la que se fundamentaba residía en la circunstancia de que no es posible garantizar, en virtud de los convenios bilaterales celebrados con los dos Estados del EEE en cuestión, que las sociedades beneficiarias de que se trata cumplen efectivamente los requisitos establecidos para las sociedades de los Estados miembros en el Derecho interno neerlandés. Con carácter adicional, y de conformidad con lo establecido en la Directiva 77/799, destinada a luchar contra el fraude y la evasión fiscal internacional, las autoridades competentes de los Estados miembros deben intercambiar todas las informaciones necesarias para la liquidación correcta, en particular de los impuestos sobre la renta. Y, toda vez que esta Directiva no se aplicaba a Islandia ni a Noruega, Holanda argumentaba que ninguna norma vinculante le permitía obtener la información destinada a comprobar si se cumplían los requisitos establecidos en su Derecho interno. Ahora bien, tal y como se encargó de precisar el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, tal diferencia en el régimen jurídico de las obligaciones de los Estados en cuestión, en el ámbito tributario respecto de las de los Estados miembros, podía justificar que Holanda supeditara el beneficio de la exención de retención en origen del impuesto sobre los dividendos para las sociedades islandesas y noruegas a la prueba de que éstas cumplieran los requisitos establecidos en la legislación neerlandesa, si bien no permitía justificar que esta legislación supeditara el beneficio de dicha exención a la posesión de una participación mayor en el capital de la sociedad que repartía dividendos, lo cual no guardaba relación con el riesgo de que se facilitara a la Administración competente informaciones erróneas. Esta conclusión venía implícitamente confirmada por el hecho de que los Convenios bilaterales celebrados por el Reino de los Países Bajos con la República de Islandia y el Reino de Noruega supeditasen la exención de la retención en origen del impuesto sobre los dividendos pagados a las sociedades islandesas y noruegas, con la finalidad de que existiera una participación de un determinado nivel en el capital de la sociedad neerlandesa

que los repartía, sin obligar a que cumplieran también los demás requisitos establecidos en el Derecho interno neerlandés, estimándose en consecuencia que Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud del art. 40 del Acuerdo EEE. Por lo que a Italia se refiere, a través del Asunto Comisión/Italia (As. C-540/07) el país trasalpino sostuvo que la diferencia de trato en el gravamen a los dividendos distribuidos a sociedades domiciliadas en otros Estados miembros y el de los dividendos distribuidos a sociedades residentes se justificaba por razones imperiosas de interés general basadas en la coherencia del sistema fiscal, en el mantenimiento de un reparto equilibrado de la potestad tributaria y en la lucha contra el fraude fiscal, si bien tales argumentos fueron rechazados por el Tribunal. A juicio del TJUE la Directiva 77/799/CEE, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos e indirectos, puede ser invocada por un Estado miembro con el fin de obtener de las autoridades competentes de otro Estado miembro todas las informaciones necesarias para la liquidación correcta de los impuestos comprendidos en el ámbito de dicha Directiva. En consecuencia dicho tratamiento menos favorable tampoco podía justificarse a la vista de la lucha contra el fraude fiscal. En cambio, respecto a la posible vulneración del art. 40 del Acuerdo EEE el Tribunal reconoció que el marco de cooperación entre las autoridades competentes de los Estados miembros establecido por la Directiva 77/799/CEE no existía entre éstas y las autoridades de un país tercero, si éste no había asumido ningún compromiso de asistencia mutua, no siendo rebatida además la argumentación por parte de Italia de que no existía ningún mecanismo de intercambio de información entre dicho Estado y el Principado de Liechtenstein. Por otro lado los Convenios para evitar la doble imposición que suscribió con Islandia y Noruega no contenían estipulaciones en virtud de las cuales se dispusiese la obligación de transmitir información. En tales circunstancias el TJUE entendió que la legislación italiana controvertida debía considerarse justificada respecto de los Estados parte en el Acuerdo EEE, por la razón imperiosa de interés general basada en la lucha contra el fraude fiscal y adecuada para garantizar la consecución del objetivo perseguido sin excederse de lo necesario para alcanzarlo. Por su parte la Sentencia del TJUE de 22 de junio de 2017 (As. C-20/16), refiriéndose asimismo a esta cuestión relativa al reparto equilibrado del poder tributario recuerda que, con carácter general, un Estado miembro no puede invocar el reparto equilibrado de la potestad tributaria para eludir la obligación de tomar en consideración las circunstancias personales y familiares de un contribuyente que reside en su territorio y que ejerce su actividad en otro Estado miembro excepto si ese Estado está liberado de la toma en consideración de tales beneficios por un Convenio de Doble Imposición (CDI) o si comprueba que, aun a falta de CDI, uno o varios Estados de empleo conceden ventajas en relación con la situación personal y familiar de los no residentes que obtienen en su territorio rendimientos imposables. Tal y como consideró el Tribunal, en el caso de ven-

tajas personales y familiares un contribuyente residente que obtiene ingresos en un Estado miembro distinto de aquel en el que reside no se encuentra en una situación comparable a la de un contribuyente residente que obtiene ingresos en su Estado de residencia, en particular, cuando el Estado de residencia no puede concederle esos beneficios debido a la falta de rentas significativas en dicho Estado miembro. No obstante el TJUE aclaró que no era éste el caso en el presente asunto, ya que la tributación conjunta de los demandantes en el litigio principal determinaba que el Estado de residencia del contribuyente sí que pudiera concederle las ventajas familiares y personales en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF). En este caso, la demandante se hallaba en una situación equiparable a la de un contribuyente residente que percibía sus rentas en su Estado de residencia. Por consiguiente, la justificación a la restricción sólo podía proceder por razones imperiosas de interés general. En todo caso, tal y como se ha precisado con anterioridad, un Estado miembro no puede invocar el reparto equilibrado de la potestad tributaria para eludir la obligación de tomar en consideración las circunstancias personales y familiares de un contribuyente que reside en su territorio y ejerce su actividad en otro Estado miembro excepto si ese Estado está liberado de la toma en consideración de tales beneficios por un CDI, o si comprueba que, aun a falta de CDI, uno o varios Estados de empleo conceden ventajas en relación con la situación personal y familiar de los no residentes que obtienen en su territorio rendimientos imposables. En el concreto supuesto planteado Alemania no se hallaba en la primera situación, ya que el CDI no le obligaba a no tomar en consideración la situación personal y familiar de sus residentes; y, por lo que respecta a la segunda situación planteada, no había datos en la petición de decisión prejudicial que permitiesen determinar si se había realizado tal toma en consideración. En cualquier caso concluyó el TJUE que la normativa fiscal discutida no establecía correlación alguna entre las ventajas fiscales que concede a sus residentes y los beneficios fiscales a los que puedan acogerse en el Estado miembro en el que trabajan. El Estado alemán había argumentado que la denegación de la deducción de ciertos gastos "de previsión" tenía como finalidad garantizar que el tipo de gravamen incrementado con arreglo a la reserva de progresividad de los cónyuges no se corrigiese con la reducción de la renta imponible, así como que el beneficio resultante de la deducción de las cotizaciones se compensase mediante la tributación de los ingresos que tuviesen relación directa con tales cotizaciones. La norma interna alemana respondía a la lógica del método de exención en el sentido de que los gastos exentos debían imputarse a la renta exenta, pero no a aquella propia del método de exención con progresividad, motivo por el cual se originaba una disfunción en virtud de la cual los ingresos totales se tomaban en cuenta para fijar el tipo impositivo, pero no los gastos o ventajas totales, lo cual carecía de toda razón de ser desde el punto de vista de llegar a un tipo impositivo que tuviese en cuenta la renta global del contribuyente. Sin embargo el TJUE estimó que no existía ninguna relación directa entre el método de

Anteriormente, con fecha de 18 de octubre de 2005 la Comisión envió al Estado español un escrito de requerimiento en el que advertía sobre la posible incompatibilidad de la legislación nacional española con el art. 56 del Tratado de la Comunidad y con el art. 40 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), en la medida en que dicha legislación exige a las sociedades no residentes, para que puedan beneficiarse de la exención del impuesto sobre los dividendos, un umbral de participación más elevado que el exigido a las sociedades residentes.

En efecto, la Comisión requirió al Estado español advirtiéndole sobre la posible incompatibilidad de su legislación nacional con los arts. 56 del Tratado de la Unión Europea y 40 del Acuerdo EEE, en la medida en que dicha legislación exigía a las sociedades no residentes, para que pudieran beneficiarse de la exención del impuesto sobre los dividendos, un umbral de participación más elevado que el exigido a las sociedades residentes.

El Estado español respondió mediante escrito de 3 de enero de 2006 afirmando, entre otros extremos, que evitar la doble imposición incumbe al Estado miembro de residencia y que la legislación española objeto de controversia no incrementaba la presión fiscal sobre los dividendos distribuidos a sociedades no residentes, puesto que para determinar la presión fiscal que soporta una inversión es preciso tener en cuenta la

exención con progresividad y la negativa a tomar en cuenta las cotizaciones directamente relacionadas con los ingresos exentos. A mayor abundamiento la efectividad de la progresividad del IRPF que perseguía el método de exención con progresividad no estaba supeditada a que la consideración de la situación personal y familiar del contribuyente se limitara a los gastos relacionados con los ingresos gravados de ese Estado miembro. Y, dado que Alemania pactó en el CDI con Francia que los ingresos obtenidos en Francia sólo fueran gravados en ese Estado, no podía afirmar que el inconveniente que resultaba de la denegación de la deducción de las cotizaciones controvertidas se compensase con la exención de los ingresos, ya que ello equivaldría a poner en peligro la distribución del poder tributario que realiza el CDI. En suma, de acuerdo con lo manifestado por el TJUE la denegación de la deducción de los gastos sociales controvertidos vulneraba el art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

tributación definitiva de la operación en su conjunto. Al no considerar satisfactoria la respuesta del Estado español, la Comisión emitió el 13 de julio de 2006 un dictamen motivado en el que instaba a dicho Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para atenerse al mismo dentro de un plazo de dos meses contado a partir de su recepción. El Estado español contestó al dictamen motivado mediante escrito de 4 de octubre de 2006, negando toda discriminación o restricción de la libre circulación de capitales. Al no considerar satisfactoria tal respuesta, la Comisión decidió interponer recurso.²

2 Concretamente la Comisión estimaba que tal diferencia de trato podría disuadir a los inversores no residentes de invertir en el capital de las sociedades residentes en España, a pesar de que pudieran beneficiarse de las deducciones previstas por el Derecho interno de su respectivo Estado o por un convenio para evitar la doble imposición. En este sentido ya la propia jurisprudencia comunitaria había reconocido que, tratándose de participaciones no contempladas en la Directiva 90/435/CEE, el Derecho a la libre circulación de capitales se opone a que se aplique una retención en origen a los dividendos distribuidos a las sociedades no residentes, si al mismo tiempo se exime de tal retención a los dividendos repartidos a las sociedades residentes. Y, a pesar de que no podía descartarse que un Estado miembro consiguiese garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Tratado celebrando un convenio para evitar la doble imposición con otro Estado de la Unión, el Estado de origen del rendimiento no podía justificar un trato discriminatorio ni siquiera celebrando un convenio mediante el que se conceda una ventaja fiscal en el Estado de residencia. En efecto, un Estado miembro no puede transferir su deber de cumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado a otro Estado miembro, ni ampararse en éste para atenuar la discriminación. Adicionalmente en el presente caso los convenios celebrados por España no garantizaban la recuperación de la totalidad del impuesto satisfecho en nuestro país, no pudiendo un Estado miembro alegar la existencia de una ventaja concedida de manera unilateral por otro Estado miembro para eludir las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado. Por otra parte entendía la Comisión que tampoco podía invocarse el argumento en virtud del cual incumbe al Estado miembro de residencia eliminar la doble imposición jurídica ya que, a pesar de que cabe diferenciar entre la competencia del Estado donde se origina la renta y la competencia del Estado de residencia, ninguno de esos dos Estados puede ejercer tal competencia de un modo discriminatorio, no pudiendo argumentarse que incumbe al Estado de residencia eliminar la doble imposición jurídica. Por su parte el Estado español alegó que no se había producido el incumplimiento imputado del Derecho a la libre circulación de capitales ya que, a su juicio, no constituyen situaciones objetivamente comparables la

Por aquel entonces los arts. 14.1.h) del RDLeg. 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (TRLIRNR) y 30.2 y 140.4.d) del antiguo RDLeg. 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) supeditaban la exención de los dividendos distribuidos por las sociedades residentes en España al requisito, en el

regulación aplicable a la distribución de dividendos por sociedades residentes en España en relación con otras sociedades residentes, siendo la finalidad existente evitar la doble imposición interna, no siendo de su competencia evitar la doble imposición internacional tratándose de dividendos abonados a las sociedades no residentes ya que, en tal caso, a quien incumbe es al Estado de residencia de la sociedad que percibe los dividendos. Asimismo argumentó el Ejecutivo español que la tributación definitiva de la operación en su conjunto dependía de que, al liquidar el impuesto que debía de pagarse en el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria, se tuviese en cuenta el impuesto ya pagado sobre los dividendos, así como del mecanismo utilizado para eliminar la doble imposición. De este modo, con independencia de que la legislación española concediese un tratamiento fiscal idéntico a los dividendos obtenidos por sociedades residentes que a los obtenidos por sociedades no residentes no se garantizaría la misma tributación final de los dividendos. En este sentido recordó el Gobierno español que, de conformidad con lo establecido por el art. 4.1 de la Directiva 90/435/CEE, se impone al Estado miembro de residencia de la sociedad matriz que percibe beneficios distribuidos por una filial residente en otro Estado miembro la obligación de evitar la doble imposición. En efecto, la letra a) del citado precepto establece una obligación general para los Estados miembros de abstenerse de gravar los beneficios percibidos por las sociedades matrices cuando se distribuyan por sus filiales. Dicho precepto obliga al Estado de residencia de la matriz (o del EP que recibe beneficios) de filiales en otros Estados miembros a eliminar la doble imposición sobre tales beneficios de forma incondicional. La Directiva, además, persigue como es sabido eliminar la doble imposición económica sobre los beneficios y la misma se generaría nuevamente si se admite un tributo que puede gravar el beneficio distribuido por la matriz a sus accionistas cuando tal gravamen supere el límite máximo que admite el art. 4.3. de la Directiva, esto es, la limitación a la exención por la que se permite el gravamen de un importe máximo del 5% de los dividendos recibidos, la cual persigue evitar que se produzca al mismo tiempo la deducción en sede de la sociedad matriz de los gastos derivados de la gestión de su participación en la sociedad filial y la exención íntegra de los beneficios derivados de la participación. Se trata así de evitar que la deducción de gastos en sede de la matriz no se vea compensada con el gravamen de los ingresos relacionados con dichos gastos, preservando la coherencia del sistema.

caso de las sociedades beneficiarias no residentes, de una participación del 20% en el capital de las sociedades distribuidoras de los dividendos, que resultaba más elevado que en el supuesto de las sociedades beneficiarias residentes, cuyo porcentaje exigido era del 5%. Debe precisarse no obstante que, tratándose de dividendos cobrados por sociedades españolas no se aplicaba una exención, sino una deducción en la cuota íntegra que, con carácter general, era del 50% de la parte de cuota correspondiente a los dividendos, elevándose la misma al 100% cuando la sociedad perceptora de estos participaba en la pagadora en al menos un 5% de su capital. Así, en caso de insuficiencia de cuota podían trasladarse las deducciones no practicadas a los siete años siguientes. En cambio en el supuesto de que continuasen existiendo pérdidas no resultaba posible ejercer tal deducción.

Pues bien, de conformidad con lo declarado por el Tribunal, si el Estado de residencia de la sociedad que distribuye el dividendo al accionista opta por someter a imposición tales dividendos en manos del accionista y elimina la doble imposición para distribuciones de dividendos a accionistas residentes, ambas clases de accionistas estarán en condiciones comparables y la fijación de umbrales de participación distintos para eliminar la doble imposición económica en función de la residencia del accionista persona jurídica (5% para sociedades residentes y 20% para las no residentes) no estará justificada desde la perspectiva de lo establecido en los arts. 56 y 58 del Tratado de la Comunidad.³

3 En el presente caso el recurso por incumplimiento se presentó en relación con la diferencia de trato que para los dividendos pagados a sociedades residentes en otros Estados miembros suponía lo dispuesto en el art. 14.1.h) del TRLIRNR en relación con la deducción contemplada en el art. 30.2 del antiguo TRLIS, si bien el apartado 1 de dicha Disposición establece que cuando entre las rentas del sujeto pasivo se computen dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades residentes en España, se deducirá el 50% de la cuota íntegra que corresponda a la base imponible derivada de dichos dividendos o participaciones en beneficios. Por tanto, tratándose de dividendos satisfechos a sociedades residentes en otros Estados miembros y que tuviesen un porcentaje de participación en la sociedad española inferior al 5%, continuaba existiendo diferencia de trato.

A tenor de lo manifestado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo los inconvenientes que pueden resultar del ejercicio paralelo por diferentes Estados miembros de su potestad tributaria, siempre y cuando tal ejercicio no sea discriminatorio, no constituyen restricciones prohibidas por el Tratado. En el concreto supuesto analizado el tratamiento fiscal desfavorable de los dividendos distribuidos a sociedades beneficiarias residentes en otro Estado miembro se derivaba del ejercicio exclusivo por el Reino de España de su potestad tributaria y, por lo tanto, tal tratamiento desfavorable es imputable a este Estado miembro.

Por otro lado la normativa española tampoco quedaba justificada por la aplicación de los Convenios para evitar la Doble Imposición ya que, para ello, sería necesario que el CDI permitiese compensar los efectos derivados de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional, lo que sólo se lograría si el impuesto satisfecho en la fuente pudiera deducirse íntegramente en el Estado de residencia del accionista. Y, a juicio del Tribunal, ello sólo sucedería si la diferencia de trato en origen pudiera neutralizarse mediante el gravamen de los dividendos en el Estado de residencia del accionista. En cambio si dichos dividendos no resultasen gravados o no lo fuesen en la medida suficiente, no podría percibirse el impuesto percibido en España o una parte de éste. En dicho caso la aplicación del CDI no podría compensar la diferencia de trato a que da lugar la normativa interna. Sin embargo, al no depender del Estado español la forma ni el nivel de gravamen de los dividendos en el Estado de residencia del accionista, sino del otro Estado miembro, el Estado español carece de base para poder alegar que el impuesto retenido en la fuente pueda deducirse en el Estado de residencia del accionista, neutralizándose así la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional.

En resumen, a través del citado pronunciamiento de 3 de junio de 2010 el TJUE señaló en primer término que, a partir del instante en que un Estado miembro, de forma unilateral o por vía de convenios, somete al impuesto sobre la renta

no solo a los accionistas residentes sino también a los accionistas no residentes por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de los mencionados accionistas no residentes se asemeja a la de los accionistas residentes. A juicio del Tribunal, en virtud de la legislación controvertida en el presente asunto, mientras los dividendos repartidos a sociedades residentes en otro Estado miembro están sujetos a imposición, los que percibían las sociedades residentes en España estaban exentos.

Estimó el Tribunal que aquellos inconvenientes que pueden derivarse del ejercicio paralelo por diferentes Estados miembros de su potestad tributaria, siempre y cuando tal ejercicio no sea discriminatorio, no constituyen restricciones prohibidas por el Tratado, no pudiendo descartarse que un Estado miembro consiga garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Tratado celebrando un convenio para evitar la doble imposición con otro Estado miembro. Ahora bien a tal efecto sería necesario que la aplicación de tal Convenio permitiese compensar los efectos de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional. La diferencia de trato existente entre los dividendos distribuidos a sociedades domiciliadas en otros Estados miembros y los dividendos distribuidos a sociedades residentes solo desaparece en caso de que el impuesto retenido en origen en aplicación de la normativa nacional pueda deducirse del impuesto debido en el otro Estado miembro hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional. En consecuencia la aplicación del método de deducción⁴ del que se servía el Estado español debería permitir que el impuesto sobre los dividendos percibido por dicho Estado miembro fuera íntegramente deducido del impuesto debido en el Estado de residencia de la sociedad beneficiaria, de tal manera que si los dividendos percibidos por dicha sociedad resultaran finalmente sujetos a mayor tributación que los dividendos repartidos a las sociedades residentes en España, esa mayor carga fiscal ya no pudiera imputarse a España, sino al

4 A través de este método se admite deducir en la base imponible de un tributo la cuota procedente del otro impuesto de naturaleza similar.

Estado de residencia de la sociedad beneficiaria que hubiese ejercido su potestad tributaria. Por consiguiente la diferencia de trato únicamente podría neutralizarse si los dividendos procedentes de España se gravasen suficientemente en el otro Estado miembro. En caso contrario, la aplicación del convenio para evitar la doble imposición no podría compensar la diferencia de trato a que da lugar la normativa interna.

De este modo, no habiendo sido invocada por parte del Estado español ninguna razón imperiosa de interés general que permitiese justificar la restricción a la libre circulación de capitales el TJUE consideró que la normativa española controvertida incumplía el artículo 56 del Tratado de la Comunidad. En cambio, y por lo que respecta a la posible infracción del art. 40 del Acuerdo EEE, dado que la Comisión alegaba la diferencia de trato resultante como consecuencia de la aplicación del art. 14.1.h) del TRLIRNR⁵ respecto a los dividendos repartidos a las sociedades residentes en España, y en tanto en cuanto la Comisión no había facilitado datos relativos al

régimen jurídico de los dividendos distribuidos a las sociedades con domicilio social en los Estados pertenecientes a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), concluyó el Tribunal que no disponía de suficientes elementos que le permitieran hacerse una composición exacta del alcance de la infracción del art. 40 del Acuerdo EEE, declarándose a tal efecto la inadmisibilidad de la imputación relativa a la infracción de dicho precepto.

A resultas de todo ello mediante el art. 70 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2011, y con vigencia a partir del 1 de enero de dicho año, se otorgó nueva redacción al art. 14.1.h) del TRLIRNR señalándose, a efectos de la exención de los beneficios distribuidos, que tendrá la consideración de sociedad matriz aquella entidad que posea en el capital de otra sociedad una participación directa o indirecta de, al menos, el 5%. En la actualidad el citado art. 14.1.h) del RDLeg. 5/2004 presenta otra redacción distinta, la cual fue otorgada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre⁶.

5 Como es sabido la citada norma ha venido prohibiendo la exención cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se ostente, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas no residentes en Estados de la UE, salvo cuando se den alguna de estas circunstancias: que la matriz realice efectivamente una actividad empresarial relacionada directamente con la desarrollada por la filial; que la actividad de la matriz tenga por objeto la dirección y gestión de la filial mediante la adecuada organización de los medios materiales y personales; y que pruebe su constitución por motivos económicos válidos y no para disfrutar de la exención. En todo caso se ha de tener presente que la Ley 26/2014 procedió a modificar esta cláusula anti abuso, en cuanto al ámbito efectivo de la exención de los beneficios distribuidos por sociedades residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea y en los Estados integrantes del EEE, con la finalidad de simplificar estas disposiciones para aclarar las dudas interpretativas suscitadas. Tras la reforma introducida la exención no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad perceptora de los rendimientos se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea, excepto cuando la constitución y operativa de aquella responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas. Por tanto desde 2015 las tres originales salvedades que permiten recuperar la exención se restringen a la existencia de motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas.

6 Su actual redacción es la siguiente:

"1. Estarán exentas las siguientes rentas: (...)

h) Los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea o a los establecimientos permanentes de estas últimas situados en otros Estados miembros, cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1.º Que ambas sociedades estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos que gravan los beneficios de las entidades jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea, mencionados en el artículo 2.c) de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de junio de 2011, relativa al régimen aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y los establecimientos permanentes estén sujetos y no exentos a imposición en el Estado en el que estén situados.*
- 2.º Que la distribución del beneficio no sea consecuencia de la liquidación de la sociedad filial.*
- 3.º Que ambas sociedades revistan alguna de las formas previstas en el Anexo de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de junio de 2011, relativa al régimen aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, modificada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo, de 8 de julio de 2014.*

Tendrá la consideración de sociedad matriz aquella

De cualquier manera, y para finalizar nuestro

entidad que posea en el capital de otra sociedad una participación directa o indirecta de, al menos, el 5 por ciento, o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros. Esta última tendrá la consideración de sociedad filial. La mencionada participación deberá haberse mantenido de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año.

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 este último caso, la cuota tributaria ingresada será devuelta una vez cumplido dicho plazo.

La residencia se determinará con arreglo a la legislación del Estado miembro que corresponda, sin perjuicio de lo establecido en los convenios para evitar la doble imposición.

No obstante lo previsto anteriormente, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas podrá declarar, a condición de reciprocidad, que lo establecido en esta letra h) sea de aplicación a las sociedades filiales que revistan una forma jurídica diferente de las previstas en el Anexo de la Directiva y a los dividendos distribuidos a una sociedad matriz que posea en el capital de una sociedad filial residente en España una participación directa o indirecta de, al menos, el 5 por ciento, o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros, siempre que se cumplan las restantes condiciones establecidas en esta letra h).

Lo establecido en esta letra h) no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea o en Estados integrantes del Espacio Económico Europeo con los que exista un efectivo intercambio de información en materia tributaria en los términos previstos en el apartado 4 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, excepto cuando la constitución y operativa de aquella responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas.

Lo dispuesto en esta letra h) se aplicará igualmente a los beneficios distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en los Estados integrantes del Espacio Económico Europeo o a los establecimientos permanentes de estas últimas situados en otros Estados integrantes, cuando concurren los siguientes requisitos:

- 1.º *Que los Estados integrantes del Espacio Económico Europeo donde residan las sociedades matrices tengan un efectivo intercambio de información en materia tributaria en los términos*

análisis de esta Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010, si bien el TFUE establece que quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países, de conformidad con lo manifestado por el Tribunal de Justicia de la UE los movimientos de capitales con destino a países terceros o procedentes de ellos se realizan en un contexto jurídico distinto de aquel en que se inscriben los producidos dentro de la Comunidad, pudiendo llegar a suceder que una concreta restricción de los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos resulte admisible en las mismas circunstancias en que no lo sea entre Estados miembros, siempre que responda a una razón de justificación válida, como en el supuesto de que no exista ningún mecanismo de intercambio de información.⁷

previstos en el apartado 4 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

- 2.º *Se trate de sociedades sujetas y no exentas a un tributo equivalente a los que gravan los beneficios de las entidades jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea, mencionados en el artículo 2.c de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de junio de 2011, relativa al régimen aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y los establecimientos permanentes estén sujetos y no exentos a imposición en el Estado en el que estén situados.*
- 3.º *Las sociedades matrices residentes en los Estados integrantes del Espacio Económico Europeo revistan alguna forma equivalente a las previstas en el Anexo de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de junio de 2011, relativa al régimen aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.*
- 4.º *Se cumplan los restantes requisitos establecidos en esta letra h)."*

7 En efecto, para el TJUE no debe descartarse la posibilidad de que un Estado miembro consiga garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Tratado celebrando un convenio para evitar la doble imposición con otro Estado de la Unión. Ahora bien a tal efecto será necesario que la aplicación de tal convenio permita compensar los efectos de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional. La diferencia de trato entre los dividendos distribuidos a sociedades domiciliadas en otros Estados miembros y los dividendos distribuidos a sociedades residentes solo desaparece en caso de que el impuesto retenido en origen en aplicación de la normativa nacional pueda deducirse del impuesto debido en el otro Esta-

Como continuación al citado pronunciamiento ha de hacerse referencia además, si bien dentro de nuestro ordenamiento interno, a la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 24 de febrero de 2016, a través de la cual se analiza la calificación de dividendos en relación con la exención contemplada en el art. 14.1.h) del TRLIRNR dentro del ámbito del Convenio Internacional para evitar la Doble Imposición entre España y los Países Bajos, cuyo art. 10 posibilita que los dividendos puedan quedar sometidos a imposición en el Estado en el que resida la sociedad que abone los mismos de acuerdo con la legislación de dicho Estado, incluyendo además su apartado 5 un concepto amplio en virtud del cual *“el término dividendos comprende los rendimientos de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las cédulas de fundador o de otros derechos que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales asimiladas a los rendimientos de las acciones por la legislación fiscal del Estado en que resida la sociedad que los distribuya”*.

Tal y como se encargó de recordar el Alto Tribunal a través del citado pronunciamiento el art. 14.1.h) del RDLeg. 5/2004 (que, como ya se ha analizado, incorpora a nuestro ordenamiento el contenido de la Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, siendo posteriormente modificada por la Directiva 2003/123/CEE, de 22 de diciembre, y derogada con efectos desde el 18 de enero de 2012 por la Directiva 2011/96, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes), se refiere únicamente a los beneficios distribuidos por sociedades filiales residentes en territorio español a sus matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea y a los establecimientos permanentes de estas últimas en otros Estados miembros, siempre que se cumplan determinados requisitos subjetivos y objetivos. Sin embargo, en el concreto supuesto de autos analizado por el Alto Tribunal

las rentas satisfechas no procedían de beneficios generados que hubiesen tributado previamente en nuestro país por el IS, teniendo presente además que el art. 59 letra p) del antiguo Reglamento del IS únicamente exceptuaba de la obligación de retener los dividendos o participaciones en beneficios a que se refiere el art. 30 de la Ley reguladora del Impuesto.

II. ALCANCE DE LOS ARTS. 1.2 Y 5.1 DE LA DIRECTIVA 90/435/CEE: LAS SENTENCIAS DEL TJUE DE 7 DE SEPTIEMBRE Y 20 DE DICIEMBRE DE 2017 Y DE 26 DE FEBRERO DE 2019. LA RELEVANCIA DEL CONCEPTO DE “BENEFICIARIO EFECTIVO”.

Acerca del alcance del art. 5.1 de la Directiva 90/435/CEE la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (As. C-504 613/16) no acepta presunciones generales de fraude o abuso en las normativas internas que transponen la exención de dividendos matriz-filial, al estimar que lo contrario menoscabaría el objetivo perseguido por la Directiva matriz-filial, y en particular su art. 5.1 esto es, facilitar las cooperaciones y el establecimiento de grupos de sociedades a escala de la Unión⁸. La citada Sentencia analizó el caso relativo a la exención del reparto de dividendos entre las filiales y sus sociedades matrices al amparo de la aplicación de una normativa alemana que establecía que, en el caso de que poseyeran participaciones en una sociedad matriz no residente personas que no tendrían derecho a la exención de la retención en origen si percibirían directamente los dividendos procedentes de una filial establecida en Alemania, la concesión del disfrute de la ventaja fiscal que representa la exención de la retención en origen prevista en el art. 5.1, de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, estaría sometida a la exigencia de que no se cumpla ninguno de estos tres requisitos, a saber: que no existan razones sólidas (ya sea económicas o de otro tipo) que justifiquen la interposi-

8 Acerca del alcance de este pronunciamiento del TJUE véase RUBIO OLIVER, R., “Alcance de las cláusulas antiabuso de la Directiva matriz-filial en relación con los dividendos distribuidos a matrices europeas (Análisis de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16)”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 420, 2018 (consultado en www.celegal.com).

ción de la sociedad matriz no residente; que la sociedad matriz no residente no obtenga de su propia actividad económica más del 10% de sus ingresos brutos totales en el ejercicio de que se trate; o que la sociedad matriz no residente no participe en el tráfico económico general con un establecimiento adecuado para su propio objeto social, sin tener en cuenta las características relevantes, organizativas, económicas o de otro tipo, de las empresas que tengan vínculos con la sociedad matriz no residente⁹. Asimismo no consideraba que una sociedad matriz no residente que obtiene sus ingresos brutos de la administración de activos o transfiere sus principales actividades a terceros ejerza una actividad económica propia.

El Tribunal analiza la compatibilidad del Derecho de la Unión con una medida antielusión establecida por Alemania en aquellos supuestos en los que las entidades matrices europeas perceptoras de los dividendos distribuidos por las filiales residentes en Alemania no tendrían derecho a la exención, en la medida en que los accionistas de las entidades matrices no hubiesen tenido derecho a la exención si hubiesen percibido los dividendos de forma directa por tratarse de matrices o accionistas residentes en países terceros o por no cumplir otros condicionantes, como el hecho de que los accionistas fueran personas físicas.

Pues bien, a juicio del Tribunal, al supeditar la concesión del disfrute de esta exención a tales exigencias sin que la Administración tributaria esté obligada a aportar un principio de prueba de la falta de motivos económicos o de indicios de fraude o abuso, dicha normativa establece una presunción general de fraude o abuso y, por lo tanto, menoscaba el objetivo perseguido por la Directiva, y en particular en el art. 5.1, esto es, evitar la doble imposición de los dividendos distribuidos por una filial residente a su sociedad ma-

triz no residente por parte del Estado miembro de residencia de dicha filial, con el fin de facilitar las cooperaciones y el establecimiento de grupos de sociedades a escala de la Unión. Por otro lado, y en la medida en que esta misma normativa, en el caso de que se cumpla uno de los tres requisitos establecidos por ella, no concede a la sociedad matriz no residente la posibilidad de aportar elementos de prueba que demuestren la existencia de motivos económicos establece, además, una presunción *iuris et de iure* de fraude o abuso. Finalmente, estos requisitos, tanto si se consideran de forma individual como conjunta, no pueden, por sí solos, implicar la existencia de un fraude o de un abuso.

Para el Tribunal existe un exceso de implementación cuando los Estados miembros determinan de forma unilateral medidas restrictivas y supeditan el derecho de exención de los dividendos contemplada en la Directiva matriz-filial a condicionantes adicionales a los allí establecidos, oponiéndose a que puedan adoptarse medidas desproporcionadas, yendo más allá de lo necesario para cumplir el objetivo de prevenir montajes totalmente artificiales carentes de realidad económica, cuyo propósito es disfrutar de forma indebida de una ventaja fiscal. A juicio del Tribunal el hecho de que la actividad económica de la sociedad matriz no residente consista en la administración de activos de sus filiales o de que los ingresos de esta sociedad matriz sólo procedan de esta administración no puede, por sí sola, implicar la existencia de un montaje puramente artificial, carente de toda realidad económica. Asimismo, y al contrario de lo que establece la normativa controvertida, la constatación de la existencia de tal montaje exige que se proceda, caso por caso, a un examen global de la situación de que se trate que verse sobre elementos tales como las características relevantes, organizativas, económicas o de otro tipo, del grupo de sociedades al que pertenece la sociedad matriz en cuestión, así como las estructuras y estrategias de dicho grupo.

En resumen, el establecimiento de la exención regulada en el apartado 1 del art. 5 de la Directiva implica una limitación de los poderes de los

⁹ Se ha de precisar a este respecto que los requisitos exigidos por la normativa alemana en relación con los dividendos percibidos por una sociedad matriz no residente en Alemania de sus filiales residentes en dicho país no se requerían en el supuesto de dividendos percibidos por la misma de una filial si ambas eran residentes en Alemania.

Estados miembros de someter a tributación los dividendos distribuidos por filiales domiciliadas en Estados miembros a sus sociedades matrices domiciliadas en otros Estados miembros. A su juicio de la lectura del apartado 2 del art. 1 de la Directiva 90/435/CEE, que establece que *"la presente directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos"* se desprende que la norma comunitaria permite a los Estados miembros adoptar medidas dirigidas a evitar abusos del régimen fiscal establecido por la misma. Y, si bien el apartado 2 del art. 1 de la Directiva refleja el principio general del Derecho de la Unión Europea de que nadie puede invocar de forma abusiva o fraudulenta derechos establecidos por el sistema jurídico de esta, dicha disposición debe, por ser una excepción a las normas tributarias fijadas por dicha Directiva, interpretarse restrictivamente. En consecuencia no pueden adoptarse medidas desproporcionadas que vayan más allá de lo necesario.

En cuanto al cumplimiento del requisito de "necesidad" sostiene el Tribunal que para considerar que una normativa nacional tiene por finalidad evitar fraudes y abusos, su fin específico debe ser oponerse a comportamientos destinados a crear montajes artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de disfrutar indebidamente de una ventaja tributaria. Y, para comprobar si una operación persigue un objetivo fraudulento o abusivo, las autoridades fiscales nacionales no pueden limitarse a aplicar criterios generales predeterminados, sino que deben proceder a un examen individual y particular de la operación en su conjunto. En el presente caso el hecho de que determinadas sociedades establecidas en la Unión estuviesen controladas directa o indirectamente por personas residentes en Estados terceros no implicaba que existiese un montaje puramente artificial, carente de realidad económica y creado exclusivamente con el fin de acogerse indebidamente a una ventaja tributaria.

Por tanto de acuerdo con la interpretación efectuada por el Tribunal la cláusula antiabuso

alemana resultaba contraria a la Directiva matriz-filial y a la libertad de establecimiento, al considerarla desproporcionada por no limitarse a excluir del régimen de exención en fuente de los dividendos a esquemas puramente abusivos o totalmente artificiales carentes de realidad económica cuyo propósito es disfrutar de forma indebida de una ventaja fiscal. Tal y como afirma el TJUE la existencia de abuso en relación con la aplicación de tal régimen requiere que las autoridades fiscales realicen análisis casuísticos que tomen en consideración un conjunto de circunstancias concurrentes en la situación específica, teniendo en cuenta factores que incluyen los organizativos, económicos y otros elementos propios del grupo de empresas de que se trate y su propia estrategia empresarial.

Por todo ello el Tribunal concluyó que el art. 1.2 de la Directiva 90/435/CEE del Consejo relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en su versión modificada, en relación con el art. 5.1 de la Directiva, por una parte, y el art. 49 del TFUE, por otra parte, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa tributaria de un Estado miembro como la controvertida conforme a la cual, cuando poseen participaciones en una sociedad matriz no residente personas que no tendrían derecho a la devolución o a la exención de la retención en origen si percibirían directamente los dividendos procedentes de una filial residente, niega a esa sociedad matriz la exención del Impuesto sobre los rendimientos del capital correspondiente al reparto de dividendos en caso de que se cumpla al menos uno de los requisitos establecidos por dicha normativa.

Se declaró así contraria a la Directiva matriz-filial y a la libertad de establecimiento (art. 49 del TFUE) la cláusula antiabuso alemana, al considerarla desproporcionada por no limitarse únicamente a excluir del régimen de exención a estructuras abusivas y artificiales carentes de realidad económica, cuyo propósito es disfrutar de forma indebida de una ventaja fiscal. El hecho de que la normativa alemana excluya de la exención aquellos supuestos en los que se cumpla alguna de las tres condiciones anteriormente referidas,

sin que la Administración deba aportar pruebas o indicios de fraude o abuso y el contribuyente pueda demostrar la inexistencia de este, supondría una presunción absoluta de fraude o abuso que no admitiría prueba en contrario y que sería contraria al Derecho de la Unión.

Más recientemente puede consultarse asimismo a este respecto la Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019 (Ass. Acumulados C-116/16 y C-117/16), a través de la cual se analizaba la cuestión relativa a la aplicación de la exención de los beneficios distribuidos por sociedades de un Estado miembro a sociedades de otros Estados miembros en el caso de una sociedad residente en un Estado miembro que satisface a una sociedad asociada residente en otro Estado miembro dividendos que, a continuación, son transferidos íntegramente o en su cuasi totalidad fuera del territorio de la Unión Europea.

El citado pronunciamiento de 26 de febrero de 2019 se refiere a los dos beneficios aplicables en los impuestos europeos que gravan los beneficios de las sociedades (la exención sobre los beneficios matriz-filial y la exención en la obtención de intereses de empresas asociadas), analizándose a través de ambos la cuestión relativa a si el fraude a nivel europeo y, más precisamente, la mera puesta en peligro de las libertades comunitarias impide el acceso a cualquier beneficio fiscal.

Tal y como precisa el Tribunal de Justicia el principio general del Derecho de la Unión según el cual los justiciables no pueden invocar normas del Derecho de la Unión de manera fraudulenta o abusiva debe interpretarse en el sentido de que las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales, cuando se produzca una práctica fraudulenta o abusiva, deben denegar al contribuyente el beneficio de la exención de la retención en la fuente sobre los beneficios satisfechos por una filial a su sociedad matriz o sobre los intereses que abona a una sociedad vinculada, aun cuando no exista disposición nacional o contractual alguna que contemple tal denegación. Y, al objeto de probar que existe una práctica abusiva, es necesario que concurran, de una parte, una serie de circunstancias objetivas

de las que resulte que, a pesar de que se hayan respetado formalmente las condiciones previstas por la normativa de la Unión, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por dicha normativa; y, de otra, un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener un beneficio resultante de la normativa de la Unión mediante la creación artificial de las condiciones exigidas para su obtención. Así las cosas la concurrencia de cierto número de indicios puede acreditar la existencia de un abuso de Derecho, siempre que esos indicios sean objetivos y concordantes (por ejemplo, la existencia de sociedades instrumentales o simplemente el carácter puramente formal de la estructura de un grupo de sociedades, de las operaciones financieras o de los préstamos).

Con carácter general el principio general del Derecho europeo sobre prohibición de prácticas abusivas goza de suficiencia como tal, sin necesidad de que encuentre respaldo o requiera soporte en otras fuentes normativas, de manera que una conducta fraudulenta o abusiva bajo dicho principio debe ser rechazada sin necesidad de que se invoque, y por tanto, sin necesidad que exista, una norma convencional o doméstica. Ahora bien para el TJUE no resulta lícito invocar la aplicación de los principios y libertades comunitarias (y, en especial, los de libre establecimiento y libre circulación de capitales) cuando se constata la existencia de un esquema o una estructura considerada abusiva o fraudulenta.

Ciertamente corresponde a la Administración tributaria la prueba de la existencia de dichas conductas abusivas o fraudulentas. Ahora bien a juicio del Tribunal no le compete ni tiene necesidad la Administración fiscal, en la medida en que exista una conducta de tal naturaleza, identificar en las entidades que sean beneficiarias efectivas las rentas (en este caso dividendos) que pudieran transitar a través de una entidad instrumental.

Por otra parte, a efectos de la negativa a reconocer a una sociedad como beneficiario efec-

tivo¹⁰ de unos dividendos o de la prueba de la existencia de un abuso de Derecho una autoridad nacional no está obligada a identificar la entidad o entidades a las que considera beneficiarios efectivos de esos dividendos/intereses, no sirviendo de cara a evitar los efectos del abuso de derecho invocar la aplicación de las libertades reconocidas por el TFUE para cuestionar la normativa del primer Estado miembro que regula la tributación de dichos dividendos. En palabras del Tribunal *“En una situación en la cual el régimen de exención de retención en la fuente sobre los dividendos satisfechos por una sociedad residente de un Estado miembro a una sociedad residente de otro Estado miembro, establecido en la Directiva 90/435, en su versión modificada por la Directiva 2003/123, no es aplicable, por haberse constatado la existencia de un fraude fiscal o de un abuso, en el sentido del artículo 1,*

10 Como es sabido la cláusula de beneficiario efectivo no toma en consideración al propietario del activo de que se trate, sino que tiene presente el control y dominio sobre el rendimiento derivado de tal activo, bien o derecho. El mero control mayoritario o pleno sobre la sociedad perceptora de la renta no excluye que ésta pueda ser calificada como beneficiario efectivo. Con carácter adicional el concepto de beneficiario efectivo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 10, 11 y 12 de los CDIs que siguen el MCOCD, no está emparentado con el concepto de beneficiario último o titular real de una entidad o de un activo que resulta de la normativa de prevención y lucha contra el blanqueo de capitales, de manera que la aplicación del CDI entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia del beneficiario efectivo procede sin que se planteen mayores problemas allí donde una persona o entidad intermedia situada en otro Estado contratante o país tercero resulta interpuesto entre el pagador y el referido beneficiario efectivo residente del otro Estado contratante. Véase a este respecto CALDERÓN CARRERO, J. M., “Comentario a la SAN de 30 de noviembre de 2018 en el caso Colgate Palmolive: ajustes colaterales derivados de una regularización de precios de transferencia que determinan el afloramiento de un “royalty” y su tributación con arreglo al CDI del ‘beneficiario efectivo de segundo nivel’”, *Quincena Fiscal*, núm. 10, 2019 (consultado en www.aranzadigital.es), quien señala a este respecto que “La cláusula del beneficiario efectivo no constituye una cláusula anti-treaty shopping de alcance general, sino que posee un alcance limitado. La propia OCDE, tanto en un contexto pre-BEPS como post-BEPS, ha reconocido el limitado alcance de la cláusula de beneficiario efectivo, de suerte que tanto las cláusulas generales antiabuso domésticas como las cláusulas convencionales específicas pueden resultar de aplicación de cara a evitar el uso abusivo de los CDIs”.

apartado 2, de esa Directiva, no es lícito invocar la aplicación de las libertades reconocidas por el Tratado FUE para cuestionar la normativa del primer Estado miembro que regula la tributación de dichos dividendos”.

En consecuencia las autoridades administrativas y judiciales podrán denegar beneficios fiscales ante el más mínimo indicio de irregularidad que resulte en todo caso demostrada.

Ya con anterioridad, y en esta misma línea relativa a la necesidad de evitar el surgimiento de incertidumbres y dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea de medidas antiabuso nacionales que se basan en presunciones de abuso generales (las cuales suelen ir, además, acompañadas de la inversión de la carga de la prueba y de la erosión del principio europeo y nacional de seguridad jurídica que debiera presidir las relaciones con la Administración como mecanismo de protección de la confianza en las normas vigentes), refiriéndose al alcance de este art. 5 de la Directiva la Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2017 (As. C-6/16, *Eqiom y Enka*) analizó la compatibilidad con el citado precepto de una norma francesa que limitaba el acceso a la exención estableciendo que “no será de aplicación cuando los dividendos los perciba una persona jurídica controlada directa o indirectamente por una o varias personas residentes en Estados terceros, salvo cuando dicha persona jurídica acredite que la cadena de participaciones no tiene por objetivo principal o uno de sus objetivos principales acogerse a... (la exención)”. Dicha imposición de la prueba de la inexistencia de fraude fue analizada en la medida en que la norma interna iba más allá del espíritu de la exención que, en su art. 1.2 se limita a señalar que “La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos”.

Al objeto de proceder a clarificar si se trataba o no de una medida necesaria para el control del fraude el TJUE parte del objetivo del beneficio fiscal, que no es otro que evitar la doble imposición o la imposición en cadena de dichos beneficios.

El Estado francés argumentó que su norma tenía por objeto evitar la práctica denominada *treaty shopping*, mecanismo dirigido a reducir o evitar la tributación en el Estado de la fuente, sobre la base de un CDI que no resulta de aplicación. En el presente caso la aplicación del citado mecanismo propició que se elaborasen montajes societarios mediante los que, sociedades establecidas en Estados terceros eluden la aplicación del tipo de retención a los dividendos de origen nacional establecido por el Derecho francés o por el Convenio celebrado entre el Estado tercero en cuestión y la República Francesa, con el fin de que queden sujetos a un tipo de imposición menor establecido por el convenio celebrado entre otro Estado miembro y ese mismo Estado tercero gracias a la exención de retención en origen que entre Estados miembros establece la Directiva 90/435.

A juicio del Tribunal, a pesar de que el objetivo de la norma en cuestión era totalmente lícito y ajustado a los parámetros de la Directiva, no lo era en el formato elegido y llevado a su texto. Y ello en tanto en cuanto el objetivo específico de la normativa controvertida no era privar de una ventaja tributaria a los montajes puramente artificiales cuyo fin fuese acogerse a esa ventaja, sino que contemplaba, en general, cualquier situación en la que una matriz controlada directa o indirectamente por personas residentes en Estados terceros tuviese su sede, sea cual fuere el motivo, fuera de Francia. Era indiscriminada y no estaba basada en la sospecha de la existencia real de una estructura societaria fraudulenta. Y el mero hecho de que determinadas sociedades establecidas en la Unión estén controladas directa o indirectamente por personas residentes en Estados terceros no supone por sí solo que exista un montaje puramente artificial, carente de realidad económica, creado exclusivamente con el fin de acogerse indebidamente a una ventaja tributaria.

Para el Tribunal la medida antiabuso prevista en el ordenamiento francés va más allá de lo estrictamente necesario para luchar contra el fraude o abuso en la medida en que no se dirige única y exclusivamente a privar de las ventajas

contenidas en la Directiva a los montajes puramente artificiales, sino que incluye a toda una categoría de entidades. Y el hecho de que la normativa francesa estableciera una presunción genérica de abuso para todas las distribuciones de dividendos de sociedades francesas a matrices ubicadas en otro Estado miembro, pero controladas por personas residentes en terceros Estados resulta contrario al objetivo perseguido por la Directiva, motivo por el cual se declara la incompatibilidad de la norma francesa con el art. 1.2 de la Directiva.¹¹

En opinión del Tribunal, al supeditar la exención a que las matrices acrediten que la cadena de participaciones no tiene por objetivo principal

¹¹ Recuérdese a este respecto que en 2015 fue objeto de modificación la cláusula antiabuso de la Directiva matriz-filial a través de la Directiva (UE) 2015/121. Dicha modificación implicó la sustitución del art. 1.2 de la Directiva por los siguientes tres apartados: "2. Los Estados miembros no acordarán los beneficios contemplados en la presente Directiva a un arreglo o una serie de arreglos falseados, vistos todos los hechos y circunstancias pertinentes, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva. Un arreglo podrá estar constituido por más de una fase o parte. 3. A efectos del apartado 2, un arreglo o una serie de arreglos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica. 4. La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias para la prevención de la evasión fiscal, el fraude fiscal o las prácticas abusivas". Tal y como ha puesto de relieve DE JUAN CASADEVALL, J., "La codificación de la cláusula antiabuso en el Derecho de la Unión (I)", *Crónica Tributaria*, núm. 170, 2019, pág. 104, el citado precepto reformado "acoge una formulación acabada de la GAAR comunitaria, precedente inmediato de ATAD –se está refiriendo el autor a 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- que, como parece desprenderse del Preámbulo de la Directiva 2015/121/UE, desborda la estrecha concepción de la *directive shopping* para proyectarse sobre un contenido más amplio". De este modo tuvo lugar al establecimiento de una obligación para los Estados miembros de denegar el acceso a los beneficios de la Directiva a, básicamente, montajes puramente artificiales. Frente a lo dispuesto por el citado precepto en su anterior redacción ya no se establece una facultad, sino una obligación para los Estados miembros de aplicar su normativa antiabuso en determinadas situaciones.

o uno de su objetivos principales acogerse a la exención, sin que la Administración Tributaria esté obligada a aportar al menos un principio de prueba o indicio del fraude o abuso, la normativa controvertida establecía una presunción general de fraude o abuso e iba en detrimento del objetivo perseguido por la Directiva 90/435, que no era otro que evitar la doble imposición de los beneficios distribuidos por filiales a sus matrices.

Tal y como señala el Tribunal un umbral de participación del 20% no permite presumir que su titular ejerza una influencia efectiva en la toma de decisiones de la entidad que distribuye los dividendos, motivo por el cual deben analizarse los elementos fácticos del caso para comprobar si la entidad titular de la participación está o no influyendo en la toma de decisiones de la filial. En este sentido el Tribunal descarta la alegación presentada por el Gobierno francés por la que se trataba de excluir del ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento a las sociedades residentes en Estados miembros, pero controladas por residentes en otros Estados miembros, recordando que la condición de sociedad de la Unión se basa, en virtud del art. 54 del TFUE, en el lugar donde se encuentre su domicilio social y en el ordenamiento jurídico con arreglo al cual esté constituida y no en la nacionalidad de sus accionistas. Y, tratándose en el presente caso de una entidad establecida en la Unión, resulta posible invocar la libertad de establecimiento sin que la residencia de sus socios sea relevante a estos efectos.

Termina su razonamiento el Tribunal recordando que la diferencia de trato respecto del reparto de beneficios con las matrices residentes (que no exige esa prueba de que la estructura societaria no responde a un interés fraudulento) puede disuadir a una matriz no residente de ejercer en Francia una actividad mediante el establecimiento de una filial en ese Estado miembro y, en consecuencia, constituye una restricción a la libertad de establecimiento. Adviértase por tanto como el citado pronunciamiento del TJUE vino a flexibilizar las condiciones para que las distribuciones de dividendos en el caso de estas estructuras societarias mixtas con entidades resi-

dentes en la Unión Europea y en terceros Estados queden exentas de tributación en el Estado de distribución del dividendo.

Existe por tanto una restricción que afecta a situaciones objetivamente comparables, motivo por el cual es necesario valorar si esta medida se encuentra justificada y, en caso afirmativo, comprobar si es proporcionada.¹²

Así pues, para que el abuso de derecho se produzca han de concurrir tanto una serie de circunstancias objetivas que evidencien el incumplimiento de la finalidad de las Directivas como un componente intencional o subjetivo representado en la voluntad de obtener una ventaja fiscal por medios artificiosos. Y, en este sentido, constituyen indicios objetivos y concordantes que induzcan a la determinación de una conducta abusiva, entre otros, los siguientes: una estructura societaria creada formalmente (por ejemplo, una entidad instrumental conductora de las rentas sin sustancia económica) teniendo como uno de sus principales objetivos la obtención de la ventaja fiscal derivada de la Directiva; el hecho de que los dividendos obtenidos sean retransmitidos por la sociedad perceptora en su totalidad o en su cuasi totalidad, en un plazo muy breve, a entidades que no pudieran alcanzar la cobertura de la Directiva comunitaria; el hecho de que la sociedad perceptora de los dividendos obtenga un beneficio gravable insignificante como sociedad instrumental, cuya función sea hacer transitar las rentas hacia otras entidades; la circunstancia de que la única actividad que realice la entidad consista en la percepción de los dividendos, de modo que carezca de una actividad económica real; la existencia de un entramado contractual determinante de flujos financieros intragrupo a través de los cuales se evidencie que las entidades instrumentales ca-

¹² A este respecto en relación con las causas de justificación el Gobierno francés había alegado que la medida se justificaba en dos motivos, a saber, la lucha contra el fraude, en concreto contra las estructuras de *treaty shopping* y la salvaguarda del equilibrio en el reparto de las potestades tributarias entre los Estados miembros. Ambos son motivos que pueden justificar restricciones a las libertades fundamentales de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE.

recen del poder de disponer económicamente de los dividendos percibidos, ya sea por razón de una obligación legal o contractual o por el hecho de que a la sociedad perceptora de los dividendos no se le haya concedido el derecho de usar y disponer de los importes obtenidos y que en definitiva carezca de la condición de beneficiar efectivo; o el hecho de que, a consecuencia de los mecanismos de estructuras establecidos, existiendo una entidad beneficiaria extracomunitaria, se dé la circunstancia de que los dividendos escapen a toda tributación efectiva en la Unión Europea.

En cambio, a juicio del TJUE carece de relevancia la existencia de un Convenio de Doble Imposición que proteja a las entidades implicadas, en la medida en que en función de otros factores evidencien la existencia de operaciones formales y artificiales carentes de justificación económica con el objetivo de disfrutar de la exención.

Por otra parte si el beneficiario efectivo del pago de dividendos tiene su residencia fiscal en un Estado tercero la denegación de la exención no precisa en absoluto que se constate un fraude o abuso de derecho. Y, concurriendo una exención en el caso de que los dividendos fueran percibidos directamente por el beneficiario efectivo, no cabría excluir que la estructura del grupo sea ajena a un abuso de derecho.

Como es sabido el art. 1.2. de la Directiva Matriz-Filial reconoce a los Estados miembros la facultad de aplicar disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes o abusos. De su propio tenor literal se desprende que la Directiva y su art. 1.2. no son una norma de armonización exhaustiva y que las normas nacionales de ejecución deben apreciarse, no sólo a la luz de las disposiciones de la propia Directiva, sino también del Derecho primario.

Pues bien, para el Tribunal el citado art. 1.2 de la Directiva constituye una manifestación del principio general de prohibición del abuso o el fraude del Derecho de la UE que posibilita a los Estados miembros excluir la aplicación de la Di-

rectiva cuando se den los elementos necesarios para apreciar la existencia de tal abuso o fraude, aunque dicha disposición, por ser una excepción a las normas tributarias de la Directiva, debe ser interpretada restrictivamente.

A estos efectos el TJUE ponderó si la disposición nacional era necesaria realmente para prevenir el fraude o el abuso, lo que, en última instancia, no es más que un análisis de proporcionalidad de la medida.

De acuerdo con lo declarado por el Tribunal *"El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, en la redacción que dio a dicha Directiva la Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, por un lado, y el artículo 49 TFUE, por otro, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a normativas tributarias nacionales que, como la controvertida en el litigio principal, supediten la concesión de la ventaja tributaria establecida en el artículo 5, apartado 1, de la misma Directiva –es decir, la exención de retención en origen de los beneficios distribuidos por filiales residentes a matrices no residentes cuando dichas matrices estén controladas directa o indirectamente por una o varias personas residentes en Estados terceros– a que las matrices acrediten que la cadena de participaciones no tiene por objetivo principal o uno de sus objetivos principales acogerse a la exención"*.

Ciertamente se ha de reconocer a este respecto que, al amparo de una jurisprudencia comunitaria consolidada, el establecimiento de una norma fiscal de alcance general que prive automáticamente de la ventaja tributaria a determinadas categorías de contribuyentes sin que la Administración esté obligada a aportar al menos un principio de prueba o indicio del fraude o abuso excede de lo necesario para evitar dicho fraude o abuso. En el presente caso para el Tribunal el objetivo de la norma francesa no era privar de una ventaja tributaria a los montajes puramente artificiales cuyo fin fuese acogerse a esa ventaja, sino que contemplaba, en general,

cualquier situación en la que una matriz controlada directa o indirectamente por personas residentes en Estados terceros tenga su sede, sea cual fuere el motivo, fuera de Francia. Y el mero hecho de que sociedades matrices situadas en territorio de la UE estén controladas por personas de fuera de la UE no es en sí mismo un hecho indicativo de la existencia de un montaje artificial, carente de realidad económica. En consecuencia supeditar la exención de la retención del art. 5 de la Directiva al hecho de que las matrices no residentes, a su vez, residentes en otro Estado de la UE, acrediten que la cadena de participaciones no tiene por objeto principal o uno de sus objetivos principales acogerse a la citada exención, sin que la Administración tributaria deba aportar al menos un indicio del fraude o abuso, de forma que se establece una presunción general de abuso o fraude, es contrario al objetivo fundamental de la Directiva, ya que de ninguna de sus disposiciones se desprende que el control de la matrices comunitarias por no residentes en la UE sea un elemento relevante para aplicar las ventajas que la Directiva establece.

Tal y como reconoce el Tribunal desde la perspectiva de las libertades fundamentales en el presente caso planteado resultaba de aplicación la libertad de establecimiento, ya que la matriz luxemburguesa controlaba el capital de la sociedad francesa de forma completamente mayoritaria (*test* de la 'influencia efectiva'). Y la exigencia imperativa de interés general relativa a la prohibición del fraude o el abuso, que es una excepción a las libertades, debe ser interpretada con el mismo significado que la cláusula antiabuso de la Directiva Matriz-Filial establecida en su art. 1.2 ya que, en definitiva, la última es manifestación del principio general de prohibición del abuso que justifica la exigencia imperativa reconocida en el ámbito de las libertades. Por tanto, al no estar amparada la normativa francesa por la exigencia imperativa relativa a la prevención del fraude y del abuso, cabía concluir que la cláusula específica anti-abuso de la legislación francesa vulnera también la libertad de establecimiento.

Cabe recordar además que nuestra normativa

interna establece hasta la fecha¹³, trasponiendo la normativa europea (antigua Directiva 90/534/CEE) una exención sobre los dividendos que distribuyan entidades residentes en España a otras compañías residentes en la Unión Europea, siempre que se cumplan determinados requisitos (entre otros, que la entidad perceptora del dividendo tenga una participación de, al menos, el 5% en la entidad que lo distribuye). De este modo

13 Nótese que decimos "hasta la fecha" porque, como es sabido, el fallido Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019 contempló la posibilidad de que la citada exención bajase del actual 100% al entorno del 95%, aplicándose así un tipo de gravamen del 5% sobre estos beneficios empresariales obtenidos en el exterior. Y ello sobre la base de estimar que concurren gastos no deducibles por la gestión de la participación que mantiene la matriz en la filial. Así pues se hacía uso de la facultad que, conforme a 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 que se refieren 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% de los beneficios distribuidos por la sociedad filial, procediéndose a modificar con efectos para los períodos impositivos que se iniciasen a partir de 1 de enero de 2019 y que no hubiesen concluido a la entrada en vigor de dicha Ley y vigencia indefinida el precepto que regula la exención sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español, de forma que el importe que resulte exento sería el 95% del dividendo o renta positiva obtenida. Desde nuestro punto de vista la citada medida podría constituir un desincentivo a la internacionalización de las empresas españolas, que tendrían que tributar dos veces por sus beneficios en el exterior, originando una desventaja competitiva para nuestras multinacionales, ya que su factura fiscal sería superior a la que soportan otras empresas que solo tributan en el país donde generan sus beneficios gracias a los Convenios de Doble Imposición. Téngase presente que, buena parte de estos acuerdos firmados por España, siguiendo el modelo de la OCDE, contienen un artículo que recoge expresamente los métodos para evitar la doble imposición, estableciendo las reglas necesarias entre los Estados contratantes para corregir la doble imposición jurídica, a saber, aquella en la que una misma renta (o capital) es gravada en la misma persona por más de un Estado. En este contexto la eventual tributación al 5% de los dividendos recibidos del exterior podría verse limitada con base en la aplicación de estas reglas contenidas en los Convenios. Y ello sin perjuicio de que la citada limitación a la exención se halle prevista en la Directiva matriz-filial, con un máximo del 5% de los beneficios distribuidos.

los dividendos que distribuyan entidades españolas a otras entidades residentes en la Unión Europea que tengan una participación de, al menos, el 5%, no están sujetos a tributación en España. Frente a esta regla general la normativa comunitaria faculta a los Estados miembros a establecer normas anti abuso para excluir la aplicación de la exención en aquellos casos en los que la entidad receptora de los dividendos sea una “mera pantalla” en la UE de inversores finales de terceros países.

Partiendo de esta regulación nuestra normativa interna señala que la exención no se aplicará cuando la entidad perceptora del dividendo estuviese controlada, directa o indirectamente, por una o varias entidades o personas residentes en Estados terceros no miembros de la UE, salvo que se acredite que ello no tiene como objetivo principal (o como uno de sus objetivos principales) beneficiarse de la exención. De este modo la carga de la prueba de la existencia de motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas en la estructura societaria recae sobre el contribuyente. La normativa francesa enjuiciada por el TJUE establecía que no sería de aplicación la exención en Francia a dividendos distribuidos por entidades francesas cuando los dividendos los percibiese una persona jurídica controlada directa o indirectamente por una o varias personas residentes en Estados terceros, salvo cuando dicha persona jurídica acreditara que la cadena de participaciones no tiene por objetivo principal o uno de sus objetivos principales acogerse a la exención. Al amparo de la citada normativa resultaba necesario probar que el objetivo principal o uno de los objetivos principales de la constitución de la entidad matriz no fuese la consecución de la ventaja fiscal. Se requería así, al igual que sucede en nuestro ordenamiento interno, que la estructura societaria en cuestión tuviese un motivo económico válido, haciendo recaer la prueba de la existencia de ese motivo económico válido en el lado del contribuyente.

En suma, nuestra normativa interna, tanto en lo que se refiere a los dividendos obtenidos por sociedades matrices comunitarias como también en lo relativo a los cánones con igual destino si

bien ampliado a “empresas asociadas” también comunitarias, considera que resulta aplicable la exención cuando existe participación dominante extracomunitaria, la existencia de motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas en el nacimiento y en el curso de la entidad perceptora de las rentas.

Como se ha analizado, la Sentencia del TJUE de 7 de septiembre de 2017 concluye que dicha normativa francesa es contraria a la finalidad de la Directiva y supone, además, una restricción indebida a la libertad de establecimiento, ya que la derogación a la norma general de exención de dividendos entre Estados de la Unión debe ser interpretada restrictivamente, y la aplicación de la exención solamente podrá excluirse en los casos en que se aprecie fraude o abuso real. En el presente caso la normativa francesa establecía una presunción general de fraude o abuso, siendo por ello contraria al ordenamiento comunitario. Con carácter general resulta incompatible con el principio de libertad establecimiento y con los dictados de la Directiva matriz-filial una legislación tributaria nacional que reclama de manera automática una prueba de inexistencia de fraude o circunvalación de la norma, sin que existan mínimos indicios o sospechas del mismo. Para el Tribunal no cabe presumir, sin más, el fraude ni tampoco cabe una diferencia de trato respecto del reparto de beneficios con las matrices residentes, ya que ello podría disuadir a una matriz no residente de ejercer en Francia una actividad mediante el establecimiento de una filial en ese Estado miembro y, en consecuencia, constituiría una restricción a la libertad de establecimiento.

En el presente caso, atendiendo al diseño de la norma francesa, su objetivo no consistía en privar de una ventaja tributaria a los montajes puramente artificiales cuyo fin fuera acogerse a esa ventaja, sino que contemplaba, en general, cualquier situación en la que una matriz controlada directa o indirectamente por personas residentes en Estados terceros tuviese su sede, sea cual fuere el motivo, fuera de ese Estado. Y, a tal efecto, el mero hecho de que determinadas sociedades establecidas en la Unión estén con-

troladas directa o indirectamente por personas residentes en Estados terceros no supone por sí solo que exista un montaje puramente artificial, carente de realidad económica, creado exclusivamente con el fin de acogerse indebidamente a una ventaja tributaria.

Tal y como clarifica además el TJUE para excluir la aplicación de la exención la Administración no puede exigir al contribuyente que pruebe el motivo económico válido de la estructura societaria, sino que será la Administración la que deba probar que la estructura societaria es artificial y no refleja la realidad económica. Debe procederse a acreditar, después de un examen individual del conjunto de la operación que se trate, un principio de prueba o indicio de fraude abuso.¹⁴

Lo cierto es que, a diferencia de lo que sucede en las Sentencias del TJUE de 7 de septiembre y 20 de diciembre 2017, en las que se aludía a la existencia de estructuras puramente abusivas y carentes de realidad económica así como a la necesidad de adoptar una percepción y prueba de índices muy acusados de posible fraude

14 Véanse en este sentido los trabajos de CARMONA FERNÁNDEZ, N., "Dividendos para Sociedades Matrices en la Unión Europea. Validez de la cláusula antiabuso", *Carta Tributaria Opinión*, núm. 11, 2017 (consultado en www.laleydigital.com) y de JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE- FALLOIS, D. J., "Presunciones genéricas, libertad de establecimiento y directiva matriz-filial: ¿es compatible la cláusula antiabuso del art. 14.1.h) TRLIRNR con el Derecho de la Unión? Análisis de la STJUE de 7 de septiembre de 2017, Eqiom SAS y Enka SAS c. Ministre des Finances en des Comptes publics (asunto C-6/16)", *Nueva Fiscalidad*, octubre-diciembre 2017, págs. 240 y ss. Tal y como han puesto de manifiesto además CORRAL, J. y MANTECÓN, E., "Buenas noticias para la distribución de dividendos", *Diario Cinco Días*, www.cincodias.com (consultada el 19 de octubre de 2017), proyectando el contenido del presente pronunciamiento sobre nuestro ordenamiento interno "Ello implicaría que, en los casos de repartos de dividendos desde entidades españolas a otras entidades residentes de la UE participadas por otras no residentes, cuando la Administración pretenda cuestionar la aplicación de la exención en España (algo que no ha sido infrecuente y que ya ha provocado diferentes pronunciamientos de los tribunales), sería la Administración la que debería probar que la estructura societaria es fraudulenta, en lugar de que el contribuyente deba probar que no lo es".

o evasión fiscal, la posterior Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019 considera que resulta posible denegar el amparo de las disposiciones del Derecho Comunitario cuando se invoquen, no para conseguir los objetivos de sus disposiciones, sino con el fin de disfrutar de una ventaja otorgada por el Derecho Comunitario cuando los requisitos que se cumplen para ello son sólo formales.¹⁵

El TJUE incorpora dentro del ámbito de la exención matriz-filial la categoría de beneficiario efectivo, a pesar de que dicha categoría no figura recogida en la Directiva, no quedando además contemplada en nuestra normativa interna cuando regula la cláusula antiabuso en la exención para dividendos satisfechos a matrices comunitarias. El Tribunal se inclina por una homogeneización de la noción de beneficiario efectivo estimando que, si concurre tanto un componente subjetivo o intencional consistente en la búsqueda de una ventaja fiscal como uno de los objetivos de la estructura (en contradicción con los objetivos de la Directiva) junto con una serie de circunstancias que debieran guardar cierta concordancia con objeto de subrayar la existencia de una conducta artificial abusiva, procede la negativa de la aplicación de la exención, al igual que sucedería si en el perceptor se diera la circunstancia de no ser el beneficiario efectivo de la renta.¹⁶

15 Tal y como ha puesto de manifiesto a este respecto JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE- FALLOIS, D. J., "Interpretación de la cláusula de beneficiario efectivo en la directiva sobre intereses y cánones y la virtualidad del principio de prohibición del abuso de derecho en el ordenamiento europeo. Análisis de la STJUE de 26 de febrero de 2019, N Luxembourg 1 y otros (asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16)", *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2019, pág. 278, "el TJUE ha consagrado la existencia de un principio general de prohibición del fraude y el abuso que excluye el acceso a los derechos previstos en el ordenamiento europeo a aquellas estructuras con finalidad fraudulenta o abusiva. Este principio es de aplicación directa, sin que requiera de un desarrollo o transposición al ordenamiento de los Estados miembros".

16 Véase a este respecto, con carácter general, CARMONA FERNÁNDEZ, N., "Doctrina sobre el abuso de derecho en materia de dividendos para sociedades matrices en la Unión Europea. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2019, asunto C-116/16 y C-117-16", *Carta Tributaria Opinión*, núm. 50, 2019 (consultado en www.laleydigital.com).

III. ANÁLISIS DEL ART. 4.2 DE LA DIRECTIVA A LA LUZ DE LA SENTENCIA DEL TJUE DE 26 DE OCTUBRE DE 2017.

La Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2017 (As. C-39/16) reitera que, si bien desde las instancias europeas hay un interés máximo en la protección de la neutralidad fiscal en este tipo de operaciones de reparto de dividendos entre las sociedades filiales y sus matrices, no por ello son amparables conductas abusivas que, bajo el auspicio de su tributación "0", puedan desarrollarse en la práctica. Es por ello que los Estados miembros también tienen reconocido un cierto margen de control sobre el abuso. El art. 4.2 de la Directiva 90/435/CEE del Consejo debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual los intereses pagados por una sociedad matriz en concepto de préstamo no son deducibles del beneficio imponible de ésta hasta un importe equivalente al de los dividendos que gozan de deducibilidad fiscal, percibidos de participaciones de una duración inferior a un año ue la sociedad matriz tiene en sociedades filiales, no vinculados a la financiación de las participaciones, ya que lo único que se permite a los Estados miembros es impedir que una sociedad matriz disfrute del doble beneficio que supondría permitir la deducción de los intereses de los préstamos vinculados a la adquisición de participaciones en sus filiales y la exención de la distribución de esos beneficios. Y ello en tanto en cuanto la regla establecida en dicho apartado 2 privaría de efecto útil a la que figura en el apartado 1 de ese artículo si la regla se interpretara en el sentido de que permite a los Estados miembros oponerse a la deducción del beneficio imponible en esos casos. Dicha lectura supondría permitir a dichos Estados miembros aumentar indirectamente la renta de una sociedad matriz sujeta a tributación, afectando así a la neutralidad protegida por la Directiva.

Para el Tribunal la redacción del citado art. 4.2 de la Directiva es clara e inequívoca en el sentido de que permite a los Estados miembros excluir la deducibilidad del gasto vinculado a la participación que genera beneficios sobre los que se elimina la doble imposición económica

de acuerdo con la Directiva. Dicho precepto no permite a los Estados miembros excluir, con carácter general, la deducción de intereses de préstamos pagados por la entidad matriz hasta un importe igual a los dividendos derivados de las filiales. El propio contexto y finalidad de la Directiva confirma que la finalidad de dicho precepto no es otra que permitir a los Estados miembros no conceder deducciones de gastos o minusvalías vinculadas a dividendos que no van a tributar por aplicación del método de exención o imputación. Debido precisamente a ello el art. 4.2 de la Directiva ha de ser objeto de una interpretación estricta ya que, en otro caso, las propias medidas de eliminación de la doble imposición del art. 4.1 de la Directiva podrían dejar de tener sentido y serían desnaturalizadas al permitir a un Estado miembro aumentar la renta atribuible a una sociedad que recibe rentas que no tributan por la vía de limitar gastos que no están vinculados de forma directa con tales rentas.

La finalidad del art. 4.2 de la Directiva es únicamente impedir que la sociedad que recibe el dividendo disfrute de una doble ventaja (la no tributación del mismo y la deducción de gastos vinculados a una renta que no tributa), por lo que interpretar esta disposición como que pueda limitar la deducción de cualquier gasto de la sociedad que recibe los dividendos hasta la cuantía del importe de los mismos equivaldría a privar de efecto útil al art. 4.1 de la Directiva.

En el presente caso analizado la normativa nacional enjuiciada no podía considerarse compatible con el art. 4.2 de la Directiva, no hallándose además justificada por el art. 1.2 de la Directiva (la cláusula antiabuso en su redacción originaria). Y ello en tanto en cuanto el principio general de prohibición del abuso proyecta sus exigencias con respecto a la cláusula antiabuso de la Directiva, debiendo ser interpretada ésta en coherencia con la jurisprudencia general en esta materia. El citado art. 1.2. de la Directiva constituye una cláusula general cuyo contenido se concreta en el art. 4.2., en la medida en que este último tiene como finalidad eliminar las dobles deducciones.

Por último, en relación con el art. 3.2 de la Directiva 90/435, que prevé la posibilidad de que los Estados miembros exijan períodos de tenencia mínimos de las participaciones para aplicar las medidas de los art. 4 y 5 de la Directiva, estima el Tribunal que el citado precepto no constituye una excepción general a la misma, sino que se limita a regular una facultad de los Estados miembros de la que pueden o no hacer uso. Y, a este respecto, ya en su día el órgano judicial nacional remitente se encargó de precisar que la normativa nacional no tenía ninguna conexión con el art. 3.2. de la Directiva sino que, más bien, pretendía establecer limitaciones a la deducción de intereses que superaran el problema que la Administración tributaria se encuentra a la hora de determinar si un préstamo está vinculado a la adquisición de una determinada participación.

IV. REFLEXIONES FINALES.

Dentro de nuestro ordenamiento interno el art. 14.1 h) del TRLIRNR impide la aplicación de la exención a aquellos casos en los que el contribuyente que invoca la exención no acredita motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas para constituir la entidad y su operativa, disponiendo a tal efecto que no será de aplicación la exención *“Cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea o en Estados integrantes del Espacio Económico Europeo con los que exista un efectivo intercambio de información en materia tributaria en los términos previstos en el apartado 4 de la Disposición Adicional Primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, excepto cuando la constitución y operativa de aquella responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas”*.

Adviértase que el citado criterio introduce un factor antiabuso basado en la no residencia fiscal en Estados miembros de la UE o en Estados integrantes del Espacio Económico Europeo con los que exista un efectivo intercambio de información en materia tributaria de los socios de la

sociedad matriz. Y, con carácter adicional, se introduce en el citado precepto de nuestro ordenamiento un criterio de inversión de la carga de la prueba al exigir al contribuyente que acredite la existencia de motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas para constituir la entidad y su operativa, no exigiéndose en cambio a la Administración que aporte pruebas de fraude fiscal.

En base a ello cabría estimar que si, al amparo de lo establecido en el citado art.

14.1 h) del TRLIRNR, se negase por parte de la Administración la aplicación de la exención basándose en una presunción general de elusión fiscal u objetivo fraudulento y sin entrar a analizar de forma individual y particular la estructura de la operación (no demostrándose en consecuencia la existencia de un montaje artificial), ello podría violentar lo dispuesto en la normativa comunitaria.

Recuerda el TJUE mediante Sentencia de 17 de mayo de 2017 (As. C-365/16), dictada al hilo del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y a las filiales de Estados miembros diferentes y al necesario respeto que ha de producirse a la Directiva 2011/96/UE al objeto de prevenir situaciones de doble imposición, que se opone a la citada normativa comunitaria una medida fiscal establecida por el Estado miembro de una sociedad matriz que prevé la percepción de un impuesto con ocasión de la distribución de dividendos por la sociedad matriz y cuya base imponible esté constituida por los importes de los dividendos distribuidos, incluidos los procedentes de filiales no residentes de dicha sociedad. Tal y como concluye el Tribunal en este pronunciamiento *“El artículo 4, apartado 1, letra a), de la [Directiva Matriz-Filial], debe interpretarse en el sentido de que se opone a una medida fiscal establecida por el Estado miembro de una sociedad matriz, como la controvertida en el litigio principal, que prevé la percepción de un impuesto con ocasión de la distribución de dividendos por la sociedad matriz y cuya base imponible está constituida por los importes de los dividendos distribuidos, incluidos los procedentes de filiales no residentes de esta sociedad”*.

Con carácter adicional, y de conformidad con lo declarado por el TJUE en una segunda Sentencia de fecha igualmente 17 de mayo de 2017 (As. C-68/15) el art. 4, apartado 1, letra a), de la Directiva 2011/96, puesto en relación con el apartado 3 de dicho precepto, debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición se opone a una normativa fiscal nacional en virtud de la cual en el supuesto de que los beneficios percibidos de su filial por una sociedad matriz fuesen distribuidos por esa sociedad matriz con posterioridad al ejercicio en el que los percibió se someten esos beneficios a un gravamen que rebasa el límite máximo del 5% fijado en dicha disposición.

Adviértase por tanto que en ambos pronunciamientos el TJUE lleva a cabo un análisis que parte de la finalidad de la Directiva de evitar la doble imposición económica que se produce por el solapamiento del IS a nivel de la sociedad filial y de la sociedad matriz. Y, a la luz de dicho análisis, se reconoce la compatibilidad de dichos gravámenes complementarios sobre la redistribución de beneficios por sociedades matrices con la Directiva matriz-filial, a pesar de que en los supuestos planteados la concurrencia de dichos tributos con la exención parcial de dividendos suponía exceder el límite del 5% previsto en dicha Directiva. En palabras del Tribunal *"un gravamen de esos beneficios en la sociedad matriz por parte del Estado miembro de la sociedad matriz en el momento de redistribuirlos que tenga como consecuencia someter tales beneficios a un gravamen que rebasa, de hecho, el límite máximo del 5 % fijado en el artículo 4, apartado 3, de dicha Directiva conllevaría una doble imposición en esa sociedad, prohibida por la citada Directiva"*.

A este respecto, el hecho de que el gravamen a nivel de la sociedad matriz se posponga al momento en que se produce la redistribución de los dividendos percibidos de la sociedad filial no supone para el Tribunal que no exista una vulneración de la prohibición de gravar la recepción de beneficios de la filial por parte de la matriz. Y ello en tanto en cuanto lo relevante no es el momento en que se produce el devengo del tributo

concreto, sino si existe materialmente una doble imposición económica sobre dichos beneficios. De este modo, el elemento temporal se desconoce en favor de un análisis económico acerca de la existencia de doble imposición sobre los beneficios.¹⁷

Dentro del ámbito de nuestra doctrina administrativa, y en relación con la aplicación de la antigua exención establecida en la letra h) del art. 14.1 del TRLIRNR la contestación de la Dirección General de Tributos (DGT) a Consulta de 1 de julio de 2014 analizó el supuesto relativo a una distribución de dividendos de una sociedad residente en España a su sociedad matriz (sociedad compradora) residente en Alemania.

En concreto, e independientemente de la aplicación del Convenio para evitar la Doble Imposición, se planteaba la cuestión relativa a la tributación de acuerdo con la normativa interna española reguladora del IRNR. Pues bien, a juicio de la DGT la sociedad compradora podría tener razones económicas operativas para existir, siempre que el grupo incremente sus inversiones en España en un futuro cercano a través de la sociedad compradora, actuando esta última como sociedad matriz de todas las entidades que constituyan o se adquieran en territorio español. En dicho caso la adquisición del 50% de

17 Véase a este respecto JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLEIRE-FALLOIS, D. J., "Ámbito de aplicación de la directiva matriz-filial: gravámenes complementarios y (re) distribución de dividendos. Análisis de las SSTJUE de 17 de mayo de 2017, X c. Ministerraad (caso del "fairness tax") y AFEF (asuntos C-68/15 y C-365/15)", *Nueva Fiscalidad*, núm. 3, 2017, pág. 267, quien subraya que el argumento para negar la compatibilidad de estos gravámenes con la Directiva Matriz-Filial se basa en la superación del umbral del 5% de los dividendos percibidos que la Directiva permite gravar a los Estados miembros de acuerdo con su art. 4.3, limitación que persigue evitar que se aplique la exención sobre los beneficios distribuidos y, al mismo tiempo, que se permita la deducción de los gastos de gestión de la participación en sede de la sociedad matriz; tal y como precisa este autor *"El TJUE determina que se produce una doble imposición contraria a lo previsto en la Directiva Matriz-Filial al adicionar estos gravámenes complementarios a la exención del 95% de los dividendos percibidos. Esto supone superar el límite del 5%, circunstancia que permite al TJUE declarar la incompatibilidad de estos gravámenes con la Directiva"*.

las participaciones sociales de la interesada se produciría en el contexto de dicho proceso y supondría la entrada del grupo en el mercado español. Si la sociedad compradora alemana fuese a ser el instrumento a través de cual se aglutinasen las inversiones presentes y futuras del grupo en España se estaría así dando cumplimiento a la necesidad del grupo de aislar los riesgos relacionados con las diferentes inversiones. De este modo se cumplirían las premisas establecidas y la matriz se habría constituido por motivos económicos válidos, siendo de aplicación la antigua exención por dividendos prevista en el art. 14.1.h) del TRLIRNR, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 26/2014.

Asimismo, y por lo que respecta a la cuestión relativa a la delimitación de los motivos económicos que podrían entenderse como válidos para mantener la exención en la distribución de los dividendos de las sociedades filiales a sus matrices residentes en otros Estados de la UE o delEEE cuando el titular último de las participaciones se ha establecido fuera de esos territorios (téngase presente que el art. 14.1.h) del TRLIRNR establece que la exención se pierde cuando la titularidad de la participación se desplaza fuera del territorio europeo, salvo que la operativa a la que responda la estructura y localización del entramado social responda a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas), la contestación de la DGT a Consulta de 22 de junio de 2016 analizó el supuesto relativo a una sociedad residente fiscal en España cuyo socio último (persona física) adquirió su participación por herencia y traslada su residencia de Suiza a Singapur. El socio, a su vez, ostentaba participaciones en numerosas sociedades no residentes, habiendo centralizado la mayor parte de sus inversiones en sociedades con residencia fiscal en Luxemburgo, a una de las cuales había aportado su participación en la sociedad española con el propósito -declarado- de que profesionalice la gestión de su participación. Ambas sociedades (la española y luxemburguesa) eran sociedades *holding* constituidas con el fin de poseer y gestionar participaciones en otras entidades. La cuestión a analizar por tanto se concretaba en si la aportación de la participación de la

entidad residente en España a la localizada en Luxemburgo respondía a motivos económicos válidos y no a un artificio que tan sólo buscaba el mantenimiento del disfrute de la exención de los eventuales repartos beneficios que pudieran efectuarse desde la filial a la matriz.

De acuerdo con lo declarado por la DGT de la propia naturaleza de la sociedad española como sociedad *holding* se infería que dicha entidad, para poder actuar como tal, realizaba por sí misma, con sus propios medios materiales, y de una forma profesional y eficiente, la labor de tenencia y gestión de sus participaciones en diversas sociedades, por lo que no se entendía que fuese necesaria la intermediación de otra sociedad *holding* para realizar las mismas funciones que le eran inherentes, a saber: la interposición de la sociedad luxemburguesa entre la sociedad española y el socio persona física que ostentaba el control de todo el entramado societario. Al resultar el titular de la totalidad del capital en ambas sociedades, lejos de optimizar el negocio desde un punto de vista económico, parecía que ello suponía una duplicación de los recursos necesarios para una adecuada gestión del mismo, no derivando de ello ahorro de costes, economías de escala, limitación de riesgos o cualesquiera otras consecuencias económicas, distintas de las estrictamente tributarias, que pudieran justificar la estructura creada. Por otro lado, el hecho de que en el presente caso la sociedad luxemburguesa presidiese el Consejo de Administración de la española, cargo por el que recibía una remuneración, así como la circunstancia de que algunas de las personas físicas que conformaban el consejo de administración de la luxemburguesa también lo fuesen del Consejo de Administración de la española, venían a poner de manifiesto que constituían una consecuencia normal del hecho de que la una fuese la matriz de la otra, sin que ello quiera decir que la función propia de la española como sociedad *holding* de gestión y tenencia de participaciones sustanciales en entidades hubiese quedado desvirtuada por esa razón.

Por tanto, en opinión del órgano consultivo, la intermediación de la entidad luxemburguesa en

relación con los dividendos recibidos de la sociedad española conllevaba en el presente caso una ventaja fiscal, en caso de aplicación de la exención prevista en el art. 14.1.h) RDLeg. 5/2004 en comparación con la distribución de los dividendos directamente desde la española a su socio residente fuera de la Unión Europea y por ello estaría sometida a la correspondiente retención, no apreciándose por tanto motivos económicos significativos que contrarrestaran la ventaja fiscal que se obtendría a través de dicha estructura.¹⁸

18 Téngase presente además a este respecto que la DGT tiene declarado mediante contestación a Consulta de 14 de octubre de 2016 que probar la realización de una efectiva actividad económica en la interpuesta así como el crecimiento del grupo gracias a su existencia salva la exención de dividendos y cánones entre la matriz y la filial. En el concreto supuesto planteado una entidad residente era filial al 100% de una sociedad irlandesa que, a su vez, ostentaba la condición de filial al 100% de otra sociedad norteamericana, cuya actividad consistía en la promoción, desarrollo, instalación y mantenimiento de licencias de *software* para sistemas abiertos de portales web, publicidad y contenido de empresas, así como en la prestación de servicios de consultoría y formación en relación con dicho *software*. La sociedad filial pretendía distribuir dividendos a su matriz irlandesa, que además de *holding*, actuaba, al menos en apariencia, también como una sociedad operativa que generaba ingresos de otras diversas actividades, sustancialmente asociadas con la comercialización del *software* del grupo, licenciado desde una entidad, también del grupo, radicada en la Isla de Man, que efectuaba la venta directa y la suscripción de licencias a clientes en países en los que no existía filial y también la venta en esos mismos países a través del personal de las filiales, remunerando este servicio, revisando, firmando y controlando todas estas ventas de licencias de *software*. Su principal fuente de rentas, junto con la anterior, la constituían los cánones que cobraba a las filiales, como la española, en su papel de sub-licenciatarias. De este modo la filial española pagaba cánones en virtud de un contrato de licencia con su matriz por el que recibía el derecho no exclusivo a comercializar y explotar el *software*. Concretamente la entidad irlandesa no actuaba como agente o intermediaria, sino en su propio nombre y por su cuenta, contando con cierta estructura y medios materiales y humanos para llevar a cabo la gestión y comercialización de los intangibles que daban lugar al pago de los cánones, siendo además la beneficiaria efectiva de los royalties y obteniendo un margen de todas las licencias facturadas una vez deducido los costes de desarrollo (fundamentalmente ingeniería de *software*) necesarios para mantener y potenciar el valor de la propiedad intelectual. Por su parte la entidad comunitaria iba a transformarse en una *company limited by shares* con carácter previo a la aplicación de la exención. Pues bien la entidad filial de la irlandesa (y ésta, a su vez, filial de otra norteamericana) logró probar que su matriz era una sociedad plenamente operativa, que

Por otra parte, tal y como declaró la Audiencia Nacional (AN) mediante Sentencia de 9 de febrero de 2012, tratándose de unos dividendos satisfechos por una entidad bancaria española a una entidad no residente en concepto de dividendos a cuenta en acciones de dicha entidad bancaria, resultaba procedente la aplicación del tipo reducido del 5%, teniendo presente además que se trataba de un dividendo satisfecho en España y no sometido al Impuesto sobre Sociedades en Holanda, sin que fuese necesario una mayor o menor participación en el capital de la sociedad española.

on fecha 26 de noviembre de 2014 la Comisión Europea presentó una denuncia ante el TJUE contra el Reino de España por discriminar fiscalmente las inversiones en sociedades no residentes, al estimar dicho trato desfavorable vulneraba el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, el suministro transfronterizo de bienes y la libre circulación de capitales previstos en los Tratados de la Unión Europea. Cabe recordar a este respecto que el Ejecutivo comunitario ya había remitido en junio de 2013 un Dictamen motivado a España a través del cual se exigía modificar la legislación. Y, ante la inacción del Ejecutivo español, la Comisión Europea optó por llevar el caso ante la justicia europea.

se dedicaba como licenciataria del *software* del que era titular la norteamericana, así como de gestionarlo a nivel prácticamente mundial mediante su venta directa o el control sobre las ventas realizadas a través de sus filiales (como la española), siendo los cánones su principal fuente de rentas junto con los ingresos por cursos de formación, contabilidad y apoyo a las ventas. Se demostró así que su existencia tenía sentido empresarial y que no respondía a una estrategia tendente al aprovechamiento de las exenciones, estimándose exentos los dividendos y cánones remitidos a la entidad matriz comunitaria, al entender que ésta se ha constituido por motivos económicos válidos, y no para disfrutar indebidamente del régimen de exención. En efecto, la matriz se había constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen de exención previsto, siendo por tanto de aplicación las exenciones previstas en el art. 14.1.h) y

m) del TRLIRNR. Acerca del alcance de la presente Resolución de la DGT véase CARMONA FERNÁNDEZ, N., "Requisitos para la exención de dividendos y cánones remitidos a una entidad radicada en la Unión Europea", *Carta Tributaria Opinión*, núm. 1, 2017 (consultado en www.laleydigital.com).

Ciertamente en nuestra antigua normativa interna el tratamiento fiscal de los dividendos de origen extranjero (dividendos distribuidos por una sociedad no residente a una sociedad española) resultaba fiscalmente menos favorable que aquel que se aplicaba a los dividendos de origen nacional (dividendos distribuidos por sociedades residentes en España). Precisamente a resultas de ello estimaba la Comisión que para poder acogerse al citado beneficio fiscal una sociedad española que invirtiera en una sociedad no residente debía cumplir más condiciones (por ejemplo, volumen de ingresos y nivel de participación de los accionistas) que si lo hacía en una sociedad residente. En otros casos, el beneficio fiscal previsto en relación con los dividendos de origen nacional no se aplicaba a los dividendos de origen extranjero.

En definitiva, la denuncia interpuesta por la Comisión Europea ante el TJUE pretendía garantizar que nuestra normativa interna en materia de tributación de las inversiones en sociedades no residentes se ajustara al Derecho de la UE. Y ello en tanto en cuanto se estimaba, como ya se ha precisado, que nuestra regulación interna aplicaba un tratamiento fiscal más gravoso para los dividendos de origen extranjero (los distribuidos por una sociedad no residente a una sociedad española) que para los de origen nacional (los distribuidos por sociedades residentes en España). De acuerdo con las argumentaciones efectuadas por la Comisión al objeto de poder acogerse al beneficio fiscal, una sociedad española que invirtiese en una sociedad no residente habría de cumplir más condiciones que si lo hiciera en una sociedad nacional, por ejemplo, en relación con el volumen de ingresos y el nivel de participación de los accionistas. Con carácter adicional el beneficio fiscal previsto en relación con los dividendos de origen nacional no se aplicaba a los dividendos de origen extranjero. En suma, el Ejecutivo de la UE consideraba que la normativa interna española vulneraba el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios, el suministro transfronterizo de bienes y la libre circulación de capitales previstos en los Tratados de la UE.

Desde la Administración tributaria española se argumentó sin embargo que, a la luz de la reforma fiscal operada por las Leyes 26 y 27/2014, de 27 de noviembre, se había procedido ya a equiparar el trato otorgado en el cobro de dividendos con independencia de si procediesen o no del extranjero, al objeto de igualar el tratamiento fiscal de participaciones de entidades residentes y no residentes, tanto en lo relativo al reparto de participaciones en beneficios como en las rentas derivadas de la transmisión, estableciendo idénticos requisitos de actividad y nivel de participación de los accionistas.