

ADOLFO J. MARTÍN JIMÉNEZ

*Doctor en Derecho; LL.M. (University of Wisconsin)
Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de
Cádiz*

JOSÉ MANUEL CALDERÓN CARRERO

*Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de
A Coruña*

2.º Premio *Estudios Financieros* 1998.

Modalidad: *Tributación*.

Extracto:

LA Ley 66/1997 ha tratado de adaptar los artículos 30 y 46.1.f) LIS al pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la CE en la Sentencia *Denkavit*. No obstante, el presente artículo demuestra cómo el legislador español ha errado en su intento, pues los nuevos artículos 30 y 46.1.f) LIS siguen planteando numerosas dudas en cuanto a su compatibilidad con la jurisprudencia *Denkavit* y el Derecho comunitario. Por otra parte, no se han extendido las modificaciones del artículo 30 LIS al artículo 30 bis LIS, como la sentencia *Denkavit* y la Directiva Matriz-Filial hubieran requerido. Igualmente, el legislador español ha limitado las modificaciones en los artículos mencionados a los períodos que se inicien a partir del 1 de enero de 1998 y ello a pesar de que el TJCE ha reconocido expresamente los efectos retroactivos de sus sentencias, lo cual abre la posibilidad para aquellas sociedades matrices (residentes en España o en otro Estado de la Comunidad Europea) perjudicadas por la anterior redacción de los artículos 30 y 46.1.f) LIS, o por la actual redacción del artículo 30 bis LIS, de solicitar la devolución de los ingresos recaudados en violación de la Directiva Matriz-Filial, tal y como ha sido interpretada por el TJCE en la sentencia *Denkavit*.

Sumario:

- I. Introducción.

- II. Cuestión previa: determinación de la normativa que desarrolla en nuestro ordenamiento la Directiva Matriz-Filial.
 1. Evolución legislativa.
 2. Normativa actual que incorpora la Directiva Matriz-Filial a nuestro ordenamiento jurídico.

- III. La sentencia *Denkavit*.

- IV. La reacción del legislador español ante la sentencia *Denkavit*.
 1. Las modificaciones introducidas por el legislador español en los artículos 30 y 46.1.f) LIS.
 2. Cuestiones controvertidas en relación a la modificación del artículo 46.1.f) LIS ('dividendos de salida').
 3. Cuestiones controvertidas en relación a la modificación del artículo 30 LIS ('dividendos de entrada').
 4. Cuestiones comunes a los artículos 30 y 46.1.f) LIS.

- V. ¿Produce efectos la sentencia *Denkavit* en relación con el artículo 30 bis?
 1. Estado de la cuestión.
 2. Aplicación de la sentencia *Denkavit* al artículo 30 bis LIS.

VI. Efectos en el tiempo de la sentencia *Denkavit*.

1. Doctrina del TJCE sobre la retroactividad de sus sentencias y la devolución de ingresos tributarios indebidos por infracción del Derecho Comunitario.

1.1. La cuestión de la retroactividad de las sentencias del TJCE: límites.

1.2. Devolución de ingresos indebidos por infracción del Derecho Comunitario.

2. Los efectos retroactivos y prospectivos de la sentencia *Denkavit* en el ordenamiento español.

VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE de 31 de diciembre) modificó los artículos 30 y 46.1.f) de la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), en lo relativo al período de tenencia de la participación necesario para poder reclamar la aplicación de la deducción para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional¹ de la que pueden beneficiarse las matrices españolas que reciben dividendos de sus filiales en el extranjero (art. 30 LIS) y de la exención de retención en la fuente sobre los beneficios distribuidos por filiales españolas a sus matrices extranjeras [art. 46.1.f) LIS]². Tales modificaciones pretenden adaptar la legislación española a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, «TJCE»), en concreto a la primera sentencia emitida por este tribunal sobre la interpretación de la Directiva Matriz-Filial³, la conocida como «sentencia *Denkavit*»⁴.

¹ Nótese desde un principio que empleamos el término «doble imposición internacional» para referirnos a la situación en la que dos (o más) entes jurídico públicos autónomos dotados de poder tributario independiente a nivel internacional yuxtaponen impuestos idénticos o análogos sobre un mismo hecho imponible realizado en un mismo momento temporal, gravando al mismo contribuyente y objeto imponible, de manera que, a la postre, resulta una carga fiscal global superior a la que se originaría si dicho hecho imponible se hubiera realizado con sujeción a un solo sujeto activo. El término «doble imposición intersocietaria internacional» lo referimos a las situaciones en que una sociedad distribuye dividendos a un socio, persona jurídica residente de otro Estado, de forma que el beneficio resulta, cuando menos, gravado dos veces en manos de personas jurídicas diferentes. Vid. J.R. RUIZ GARCÍA, *La Deducción por Dividendos en el Sistema Tributario Español*, Civitas, Madrid, 1992, págs. 29-30.

² El régimen tributario previsto para los «dividendos de salida» satisfechos por filiales españolas (residentes) a matrices extranjeras (no residentes) va a ser objeto de modificación legislativa con motivo de la futura aprobación del Proyecto de ley del «Impuesto sobre la Renta de No Residentes» que actualmente se tramita en las Cortes. No obstante, cabe destacar que examinado el Borrador publicado en el BOCG de 25 de mayo de 1998 [art. 13.1.g)], las Enmiendas presentadas en el Congreso (BOCG n.º 116-4, Serie A) y el Informe de la ponencia de 10 de julio (BOCG n.º 116-7, Serie A), lo cierto es que no hemos detectado modificación alguna que resulte relevante a los efectos de este trabajo.

³ Directiva 90/435/CEE sobre el sistema común de imposición aplicable a las sociedades matrices y filiales en los distintos Estados miembros (DO n.º L 225, de 20 de agosto de 1990), en adelante, citada como «Directiva Matriz-filial» o «Directiva 90/435/CEE».

⁴ STJCE de 17 de octubre de 1996, *Denkavit-Vitic-Vormeer*, Asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, Rec. I-5063, citada en el presente artículo como «sentencia *Denkavit*».

En el presente trabajo estudiaremos la legislación española que pretende dar respuesta a las exigencias de la jurisprudencia del TJCE en el asunto *Denkavit*. No obstante, no nos detendremos simplemente en describir la nueva regulación del período de tenencia de la participación en los artículos 30 y 46.1.f) de la LIS. Trataremos de poner de manifiesto los problemas a que tales modificaciones pueden dar lugar, y, además, resaltaremos que la reacción del legislador español para adaptar la LIS a la Directiva Matriz-Filial, en la interpretación que de esta norma comunitaria realizó el TJCE, es insuficiente desde dos puntos de vista. Por una parte, las modificaciones introducidas plantean problemas de compatibilidad con la propia sentencia *Denkavit* y, en general, con la jurisprudencia del TJCE. Por otra parte, la modificación no afecta al artículo 30 bis LIS, que, en nuestra opinión, contribuye también a desarrollar en nuestro ordenamiento la Directiva Matriz-Filial. Por consiguiente, en el presente trabajo expondremos los puntos de discordancia entre las modificaciones introducidas por el legislador español en el ámbito de los artículos 30 y 46.1.f) LIS y desarrollaremos las razones que nos llevan a pensar que el artículo 30 bis LIS debiera haberse modificado de forma similar al artículo 30 LIS. Por último, nos ocuparemos de los efectos en el tiempo de la sentencia *Denkavit*, que abre la posibilidad a matrices españolas o comunitarias con filiales en España de solicitar la devolución del impuesto pagado como consecuencia de la inadecuación de la normativa española al Derecho comunitario en materia de tenencia de la participación.

Como cuestión previa, antes de entrar a comentar las materias aludidas, vamos a referirnos brevemente a cuál es la normativa que incorpora a nuestro ordenamiento la Directiva Matriz-Filial con el fin de determinar los artículos de la LIS sobre los que la sentencia *Denkavit* produce efectos. También, como cuestión previa estudiaremos en detalle el fallo del TJCE en la sentencia *Denkavit*. El conocimiento de la normativa interna que desarrolla en España la Directiva comunitaria y del pronunciamiento del TJCE en la sentencia *Denkavit* es fundamental para entender los epígrafes sucesivos en los que nos ocupamos de las cuestiones mencionadas en el párrafo precedente.

II. CUESTIÓN PREVIA: DETERMINACIÓN DE LA NORMATIVA QUE DESARROLLA EN NUESTRO ORDENAMIENTO LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL

1. Evolución legislativa.

La determinación de la normativa fiscal española integrante de la transposición de la Directiva Matriz-Filial no es una cuestión pacífica y suscita diversas interpretaciones. Buena parte de esta complejidad se deriva de la tortuosa evolución legislativa experimentada en los últimos años en el ámbito de las deducciones para eliminar la doble imposición intersocietaria internacional en el Impuesto sobre Sociedades español ⁵.

⁵ Sin duda, esta evolución legislativa constituye un ejemplo paradigmático de la característica de «Derecho proteico» que A. AGUALLO AVILÉS atribuye al actual Derecho Tributario (vid. A. AGUALLO AVILÉS, «Interés Fiscal y Estatuto del contribuyente», *Revista Española de Derecho Financiero* n.º 80/1993, págs. 584-585).

Concretamente, la evolución normativa de la transposición de la Directiva 90/435/CEE al ordenamiento español comenzó con la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, sobre adaptación al ordenamiento español de varias Directivas comunitarias. En este caso el propio legislador español identificó la Ley 29/1991 como la norma interna de transposición de las Directivas comunitarias 90/435/CEE y 90/434/CEE ⁶, cosa que no volvería a suceder en el futuro.

Más tarde, el artículo 9 de la Ley 42/1994 ⁷ reformó la deducción por doble imposición intersocietaria internacional prevista en el artículo 24.5 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades. La reforma operada en la Ley 61/1978 afectó a las condiciones para disfrutar de la deducción por doble imposición intersocietaria permitiendo computar las participaciones indirectas que la matriz española tuviera en la filial extranjera; también se instrumentó la eliminación del citado fenómeno hasta el «tercer nivel» (deducción del impuesto satisfecho por las entidades participadas directamente por la sociedad que distribuye el dividendo y por las que, a su vez, estén participadas directamente por aquéllas). Sin embargo, la modificación introducida por la Ley 42/1994 no se limitó a la Ley 61/1978, pues esta norma también alteró aspectos sustantivos de la Ley 29/1991. Por un lado, la disposición adicional cuarta de la Ley 42/1994 dio nueva redacción al artículo 17 de la Ley 29/1991 al objeto de precisar que, tras la reforma operada, únicamente regulaba las distribuciones de beneficios de filiales españolas a matrices comunitarias (dividendos de salida), mas no los dividendos percibidos por matrices españolas de filiales comunitarias (dividendos de entrada). Por otro lado, la disposición derogatoria única de la Ley 42/1994 suprimía los artículos 18.1 y 2, 19 y 21 de la Ley 29/1991; la derogación de los dos preceptos citados en primer lugar tuvo como consecuencia que, a partir de este momento, la deducción por doble imposición intersocietaria relativa a los dividendos extranjeros percibidos por matrices españolas de filiales comunitarias vendría dada por el régimen general, esto es, el establecido en el artículo 24.5 de la Ley 61/1978, y no el «especial», previsto hasta entonces, en la Ley 29/1991. La supresión del artículo 21 de la Ley 29/1991 vino a enturbiar la interacción entre los Convenios de Doble Imposición suscritos por España, la normativa interna y la Directiva 90/435/CEE, dado que, con la derogación de este precepto, se desterró del ordenamiento la única norma expresa que el legislador había dictado sobre la citada interrelación de normas.

En estos momentos todavía estaba claro cuál era la normativa que transponía la Directiva 90/435/CEE: la Ley del Impuesto sobre Sociedades (art. 24.5 Ley 61/1978) regulaba la tributación de los dividendos extranjeros (comunitarios o no) recibidos por matrices españolas de filiales extranjeras (comunitarias o no); mientras que la Ley 29/1991 ordenaba el régimen fiscal aplicable a los repartos de beneficios de filiales españolas a matrices comunitarias. Esta situación no duraría mucho tiempo. En efecto, un año más tarde la disposición derogatoria n.º 27 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del IS (la nueva Ley del Impuesto sobre Sociedades, en adelante citada como «LIS») derogó totalmente los Títulos I y II de la Ley 29/1991, al tiempo que establecía un nuevo régimen fiscal aplicable a las distribuciones de beneficios entre sociedades matrices y filiales residentes de países distintos [arts. 30 y 46.1.f) de la Ley 43/1995].

⁶ Directiva 90/434/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros (DO n.º L 225, de 20 de agosto de 1990), citada en el presente artículo como «Directiva Fusiones».

⁷ Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, BOE de 31 de diciembre.

Ciertamente, puede decirse que, tras la derogación de la Ley 29/1991, de 16 de junio, de adecuación al ordenamiento español a determinadas Directivas Comunitarias, los artículos 30 ('dividendos de entrada en España') y 46.1.f ('dividendos de salida de España') de la Ley 43/1995 (LIS) integraban la transposición española del régimen fiscal común aplicable a distribuciones de beneficios entre sociedades matrices y filiales comunitarias establecido por la Directiva 90/435/CEE; no había lugar a dudas en este punto, en tanto dichos preceptos eran los únicos que regulaban esta materia. No obstante, no se puede olvidar que la nueva LIS extendió el régimen filial/matriz del artículo 30 LIS a todas las distribuciones de beneficios realizadas por filiales extranjeras -y no sólo a las que realizan las residentes de países miembros de la Unión Europea⁸- en favor de sociedades matrices residentes de España.

En junio de 1996 el legislador español volvió a regular esta materia introduciendo a través del Real Decreto-Ley 8/1996, de 7 de junio⁹, una nueva deducción para evitar la doble imposición intersocietaria internacional en la LIS. En la práctica esta deducción, recogida en el artículo 30 bis LIS, implicó la aplicación del régimen de «exención» para las remisiones de dividendos efectuadas entre sociedades filiales extranjeras y sus matrices españolas¹⁰.

Así pues, tras la nueva LIS y las reformas efectuadas poco después de su entrada en vigor nos encontrábamos con una única regulación [art. 46.1.f) LIS] para el gravamen de los repartos de beneficios realizados por filiales residentes de España a matrices extranjeras (no residentes). Por contra, en el ámbito del gravamen de los repartos de beneficios realizados por filiales extranjeras (no residentes) a sus matrices residentes de España coexisten dos sistemas en la LIS, el método de imputación del artículo 30 LIS y el método de «exención»¹¹ del artículo 30 bis, para eliminar la doble

⁸ Entendemos más correcto técnicamente emplear los términos «Comunidad Europea» que «Unión Europea» por las razones expresadas en BOURGEOIS, «EC or EU: More than a Question of Semantics?», *EC Tax Review* 1995/4, pág. 188. No obstante, la legislación española emplea los términos «Unión Europea», y, por tanto, nosotros también los utilizaremos en el presente artículo.

⁹ *BOE* de 8 de junio.

¹⁰ Esta deducción -establecida en el art. 30 bis LIS- fue objeto de reforma técnica a través de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre (*BOE* de 19 de diciembre) y ha vuelto a ser reformada recientemente por la Ley 66/1997.

¹¹ La denominada «exención» establecida en el artículo 30 bis LIS, no es sino una deducción (de la cuota tributaria del Impuesto sobre Sociedades) del 100 por 100 de la cuota íntegra que corresponda a la base imponible derivada de los dividendos o participaciones de beneficios foráneos. Este sistema -no identificable, por tanto con el método de exención que opera sobre la base imponible- constituye una técnica «híbrida» que permite que las entidades residentes de España compitan en igualdad de condiciones fiscales en los mercados internacionales, dado que instrumenta la neutralidad en la importación de capitales. Pese a que el método previsto en el artículo 30 bis LIS tiene los mismos efectos que la aplicación del método de exención (neutralidad en la importación de capitales/neutralidad en la fuente), lo cierto es que al instrumentarse a través de una deducción de la cuota del impuesto, presenta algunos de los problemas o vicisitudes propias del método de imputación (insuficiencia de cuota para aplicar la deducción, problemas de pérdidas globales nacionales), aunque no sus efectos típicos (neutralidad en la exportación de capitales). Algunos de estos problemas, como el de insuficiencia de cuota, han sido resueltos finalmente al permitirse la traslación de lo no deducido por insuficiencia de cuota a los períodos que concluyeran los siete años inmediatos y sucesivos; por el contrario, en una situación de pérdidas globales sostenidas en la matriz, la «exención» del artículo 30 bis LIS opera con los efectos del método de imputación, esto es, las bases imponibles (extranjeras y nacionales) positivas y negativas se compensan a todos los efectos, mientras que en el método de exención propio o tradicional ello no acontece y, con ello, los benefi-

imposición intersocietaria internacional; todo ello sin perjuicio de los mecanismos presentes en los Convenios de Doble Imposición¹² y del régimen especial de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros¹³.

2. Normativa actual que incorpora la Directiva Matriz-Filial a nuestro ordenamiento jurídico.

Llegados a este punto, estamos en disposición de dilucidar cuál es la normativa interna española que transpone la Directiva 90/435/CEE sobre la que debe aplicarse la interpretación realizada por el TJCE en la sentencia *Denkavit*.

Como ya hemos avanzado anteriormente, resulta claro que el artículo 46.1.f) LIS constituye la transposición de la Directiva Matriz-Filial, en lo que atañe a los repartos de beneficios realizados por sociedades filiales residentes de España a matrices residentes de países miembros de la UE.

En el ámbito de los ‘dividendos de entrada’ en España, esto es, los repartos de beneficios realizados por filiales no residentes a matrices residentes de España, se suscitan, como veíamos, más dudas.

cios foráneos exentos no contribuyen a reducir o minimizar las bases imponibles negativas nacionales de la matriz. Otra de las características propias del método de imputación tiene que ver con los condicionantes para su efectiva aplicación por la matriz; lo normal es que la legislación interna establezca requisitos más estrictos para aplicar una deducción por doble imposición internacional que una exención de bases imponibles extranjeras. Por ejemplo, en el ámbito de la imputación (arts. 29, 29 bis y 30 bis LIS) la regla es que se exija la efectividad del gravamen extranjero y que éste, a su vez, resulte comparable al impuesto del que va a ser deducido; por contra, el método de exención para uniones temporales de empresas previsto en el artículo 68.1.a) LIS, omite estos condicionantes. El método de «exención» previsto en el artículo 30 bis LIS, cuyo origen parece estar en la legislación holandesa, goza de bastante difusión en el ámbito internacional merced a su inclusión en el Modelo de Convenio de la OCDE de 1977, para evitar la doble imposición [véase el n.º 37 de los comentarios del Comité Fiscal OCDE al artículo 23 A (1) y (3) del citado convenio-tipo]. Algunos de los Convenios de doble imposición suscritos por España recogen esta técnica: Convenios con Suecia (art. XXIV.2), con Finlandia (art. 23.1), con los Países Bajos (art. 25.1 y 2) y con Dinamarca (art. 24.1). Sobre el método de «exención modificada» pueden consultarse los siguientes estudios: T. BENDER & PHILIPS, «Amendments to the Netherlands methods for the avoidance of double taxation», *Intertax*, n.º 10/1995, págs. 522 y ss.; J. R. RUIZ GARCÍA, «La deducción por dividendos extranjeros», en *Estudios sobre el Impuesto de Sociedades*, Comares, Granada, 1998, págs. 279 y ss.; R. CASERO, «El método de exención para la eliminación de la doble imposición establecido en algunos convenios suscritos por España», *Mes a Mes Fiscal*, n.º 12, 1996, págs. 14 y ss.; J. L. DE JUAN PEÑALOSA y S. RAVENTÓS CALVO, «El nuevo método de exención para los dividendos de fuente extranjera», *QF*, n.º 16/96, págs. 59-62; J.M. CALDERÓN CARRERO, *La Doble Imposición Internacional y los Métodos para su Eliminación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 275 y ss.

¹² Existen importantes diferencias entre estos dos sistemas, convencional e interno, de eliminación de citado fenómeno, que van desde los requisitos para su aplicación a sus efectos para el contribuyente. *Vid.* J. M. CALDERÓN CARRERO, «Estudio de las nuevas medidas para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional y el tratamiento de las sociedades holding españolas», *Impuestos*, n.º 19, 1997, págs. 8 y ss.

¹³ *Vid.*, sobre el régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros, A. MARTÍN JIMÉNEZ, «El régimen especial de las entidades de tenencia de valores extranjeros», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública* n.º 242/1996, pág. 975, y, del mismo autor, «Consideraciones sobre el régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros tras la aprobación del Reglamento del IS», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, n.º 245/1997, pág. 695.

Con carácter previo podría adelantarse que la deducción establecida en el artículo 30 LIS constituye el *régimen general* para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional. Ello obedece a que las condiciones exigidas para su aplicación son menos estrictas que las del artículo 30 bis LIS. Asimismo, puede decirse que, tras la derogación de la Ley 29/1991, de 16 de junio, de adecuación del ordenamiento español a determinadas Directivas Comunitarias, el artículo 30 LIS vino a integrar la transposición española del régimen fiscal común aplicable a distribuciones de beneficios entre sociedades matrices y filiales comunitarias establecido por la Directiva 90/435/CEE.

En relación con la deducción prevista en el artículo 30 bis LIS puede señalarse que constituye un *régimen especial* aplicable a las distribuciones de beneficios entre filiales extranjeras a las matrices españolas¹⁴. La especialidad del régimen previsto en el artículo 30 bis LIS radica en los requisitos adicionales que se exigen para su aplicación. Estos condicionantes específicos -algunos de ellos de dudosa compatibilidad con el ordenamiento comunitario- hacen que este régimen de eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional sea aplicable en un número de supuestos muy inferior que la deducción del artículo 30 LIS¹⁵. En particular, lo habitual será que la ope-

¹⁴ Al decir que el artículo 30 bis LIS es un régimen especial queremos significar que se aplicará a actividades concretas: aquellas de carácter empresarial. Es especial porque mientras que todas las sociedades que pueden beneficiarse del artículo 30 bis LIS podrían optar por aplicar el artículo 30 LIS (renunciando al sistema de exención del artículo 30 bis LIS), no todas aquellas sociedades que pueden aplicar el artículo 30 LIS pueden acudir al 30 bis LIS. Es decir, el ámbito de aplicación del artículo 30 LIS es más amplio que el del artículo 30 bis LIS. Ahora bien, estas consideraciones no implican que defendamos el carácter especial en sentido técnico del artículo 30 bis LIS, pues, como es sabido, la LIS reserva la denominación de «régimen especiales» para todos aquellos regulados en su Título VIII (*vid.* art. 65 LIS), y, obviamente, el artículo 30 bis LIS no se encuentra ubicado dentro de ese Título.

¹⁵ En este sentido, entendemos que algunos de los requisitos previstos en el actual párrafo 3 del artículo 30 bis, podrían violentar la Directiva 90/435. En concreto, consideramos que una entidad cumple el requisito previsto en el artículo 30 bis.3.b) cuando posee una de las formas societarias previstas en la Directiva y está sujeta y no exenta en su país de residencia a uno de los impuestos relacionados en el artículo 2 de la citada disposición comunitaria. (*Vid.* el estudio realizado por uno de los autores: J. M. CALDERÓN CARRERO, «Estudio de las nuevas medidas para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional y el tratamiento de las sociedades holding españolas», *op. cit.*, págs. 8 y ss.). A su vez, el requisito de «actividad empresarial» de la entidad participada previsto en el apartado 3.c) del artículo 30 bis LIS debe interpretarse, a nuestro juicio, a la luz de la sentencia *Leur-Bloem* (STJCE de 17 de julio de 1997, Caso 28/95, Rec. p. 4204), dado que vendría a constituir una cláusula anti-abuso nacional enmarcada en el artículo 1.2 de la Directiva 90/435. De conformidad con la jurisprudencia *Leur-Bloem* las cláusulas nacionales que se apliquen en el ámbito cubierto por disposiciones comunitarias (como la Directiva Matriz-Filial) deben ser susceptibles de control jurisdiccional y ajustarse al principio de proporcionalidad, de forma que no vayan más allá de lo necesario para evitar o cercenar el fraude o evasión fiscal que tratan de contrarrestar; las presunciones de carácter general que privan automáticamente de una ventaja fiscal a determinada categoría de contribuyentes y operaciones sobre la base de criterios objetivos «estandarizados» [como el art. 11.a) de la Directiva de Fusiones], exceden de lo necesario para evitar dicho fraude y evasión fiscales tanto si se han producido estos fenómenos como si no; «lo mismo sucedería si una norma de este tipo incluyera una mera posibilidad de excepción cuya aplicación por parte de la autoridad administrativa fuera facultativa» (fj. 44 caso *Leur-Bloem*). Partiendo de estas consideraciones del TJCE, consideramos que esta jurisprudencia debe aplicarse en el ámbito del artículo 30 bis LIS permitiendo al contribuyente probar el ejercicio de actividad empresarial a través de medios diferentes a los previstos en el citado precepto (*vid.* la STS de 3 de febrero de 1998, *JT98, Ar. 391*), como que el no ejercicio de la actividad empresarial no supone en todo caso «abuso» de la Directiva Matriz-Filial en el sentido del artículo 1.2 de dicha norma. *Vid.*: A. J. RÄDLER, M. LAUSTERER, J. BLUMENBERG, «Tax Abuse and EC Law», *EC Tax Review*, n.º 2, 1997, págs. 86-101; F. HOENJET, «The Leur-Bloem case», *EC Tax Review*, n.º 4, 1997, págs. 206-215. Recientemente, el Tribunal de Justicia ha vuelto a poner de relieve que la tensión entre el ejercicio de libertades comunitarias y las medidas nacionales de control fiscal que pudieran restringirlas viene resolviéndose a favor de las primeras; en concreto el TJCE consideró que las citadas medidas de control fiscal deben ser estrictamente necesarias y proporcionales al fin legítimo que persigan (STJCE de 15 de mayo de 1997, *Futura Participations*, Caso 250/95, Rec. p. 2492).

ratividad del artículo 30 bis LIS quede circunscrita a los repartos de dividendos de filiales extranjeras que realicen actividades empresariales en un Estado con el que España tenga suscrito un CDI ¹⁶. Para este tipo de empresas el régimen general de eliminación de la doble imposición, por cuanto es el que les ofrece más ventajas, será el del artículo 30 bis LIS.

III. LA SENTENCIA *DENKAVIT*

En el marco legislativo descrito en los epígrafes precedentes vio la luz la Sentencia *Denkavit*. ¹⁷ En los tres asuntos acumulados, las sociedades holandesas Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV y Vormeer BV cuestionan la adecuación de la legislación alemana («Einkommensteuergesetz» o «EStG») que incorporó en el ordenamiento jurídico alemán la Directiva Matriz-Filial, con el tenor de los artículos 3.2 y 5 de la Directiva mencionada. La EStG, de conformidad con el artículo 5.3 de la Directiva (que, recordemos, establece para Alemania una excepción al principio general contenido en la Directiva de eliminación de la retención en la fuente para dividendos distribuidos por una filial a su matriz), prevé un tipo reducido del 5 por 100 en relación a la retención en la fuente aplicable en los supuestos de distribuciones de dividendos de filiales alemanas a sus matrices residentes en otros países de la Comunidad Europea, siempre y cuando, en el momento del devengo del impuesto alemán sobre rendimientos del capital mobiliario, la sociedad matriz pueda acreditar que ha poseído una participación en la filial alemana no inferior a un cuarto del capital mobiliario de ésta, como mínimo e ininterrumpidamente desde doce meses antes de la distribución de dividendos que la filial realice a la matriz.

Las sociedades Denkavit BV, VITIC Amsterdam BV y Vormeer BV, todas ellas residentes en Holanda y con filiales en Alemania, entendieron que la condición establecida por el legislador alemán, que requería la tenencia de la participación en la filial alemana durante, al menos, un año para beneficiarse del tipo reducido del 5 por 100 en la retención aplicable sobre dividendos remitidos por las filiales alemanas a sus matrices residentes en otro Estado miembro de la CE, era contraria al artículo 3.2 de la Directiva Matriz-Filial, pues este artículo no establece la necesidad de que el período de tenencia de un año se cumpla con anterioridad a la distribución de dividendos, sino que ese período puede cumplirse *a posteriori*. En consecuencia, las tres sociedades holandesas entendían que es posible invocar ante la Administración alemana las disposiciones de la Directiva que esta-

¹⁶ No obstante, como ha puesto de relieve E. SANZ GADEA, las modificaciones introducidas por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, persiguen ampliar el ámbito de aplicación de este precepto incluyendo los repartos procedentes de filiales residentes de países con un impuesto sobre sociedades comparable al español, excluidos los paraísos fiscales. (E. SANZ GADEA, «Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, y Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de PGE para 1998», *Revista de Contabilidad y Tributación (Comentarios y Casos Prácticos)*, ed. Estudios Financieros, n.º 181, 1998, pág. 117). La modificación realizada, sin embargo, es susceptible de crítica al descartarse definitivamente una lista de países que pudieran tener un impuesto de sociedades comparable al español, sin siquiera esbozar los criterios o pautas que podría tener en cuenta el contribuyente para determinar la «comparabilidad» del impuesto extranjero con el nacional.

¹⁷ STJCE de 17 de octubre de 1996, *Denkavit-Vitic-Vormeer*, Asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, Rec. I-5063, citada en el presente artículo como «sentencia *Denkavit*».

blecen un tipo reducido de retención en la fuente igual al 5 por 100 aplicable a los dividendos, dejando inaplicada la disposición de la EStG contraria a la Directiva. Tras el correspondiente procedimiento administrativo ante las autoridades tributarias alemanas, las tres compañías interpusieron recurso ante el «Finanzgericht Köln», el cual, a su vez, decidió plantear la correspondiente cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, pues albergaba dudas sobre la compatibilidad de la legislación alemana con la Directiva Matriz-Filial.

El TJCE interpretó que, al establecer la propia Directiva Matriz-Filial que su finalidad es eliminar la penalización a la cooperación entre sociedades situadas en distintos Estados miembros en relación a la cooperación entre sociedades de un mismo Estado, no puede admitirse que la exención de imposición en la fuente prevista en el artículo 5 de la Directiva, o el tipo reducido de retención que se permite aplicar a Alemania, puedan someterse a la condición de que la matriz haya mantenido la participación relevante a los efectos de la Directiva durante el año anterior a la distribución de dividendos por la sociedad filial.

Esta interpretación vendría avalada, según el TJCE, por el hecho de que el artículo 3.2 de la Directiva Matriz-Filial, al definir qué sociedades pueden ser consideradas como matrices a efectos de la Directiva, concede a los Estados miembros la posibilidad de establecer la condición de que la sociedad matriz deba poseer la participación en la filial durante un período determinado, pero no condiciona el disfrute de las ventajas que la Directiva otorga al hecho de que la participación se mantenga hasta que ese período haya finalizado. Tampoco puede entenderse que el artículo 1.2 (cláusula general anti-abuso) de la Directiva ampare la interpretación realizada por el legislador alemán, pues, en opinión del TJCE, el artículo 1.2 «es una disposición de principio, cuyo contenido se explica en detalle en el apartado 3.2 de la misma Directiva», siendo la finalidad de esta última disposición la de combatir «los abusos resultantes de la adquisición de participaciones en el capital de sociedades con el único fin de beneficiarse de las ventajas fiscales [de la Directiva], y que no esté [la adquisición] destinada a conservar las participaciones durante un tiempo». En consecuencia, de conformidad con el artículo 3.2 de la Directiva, los Estados miembros no pueden supeditar la concesión de la exención (o el tipo reducido) de retención sobre los dividendos que una filial remite a su matriz al requisito de que, en el momento de la distribución de dividendos, la sociedad matriz haya poseído una participación en la filial durante el período mínimo fijado por los Estados miembros, ya que este período podría cumplirse *a posteriori*.

No obstante lo anterior, el TJCE reconoce que los Estados miembros son libres de determinar, habida cuenta de las necesidades de sus ordenamientos jurídicos internos, las modalidades conforme a las cuales se garantice la observancia del período de tenencia a que se refiere el artículo 3.2 de la Directiva Matriz-Filial. Es decir, la Directiva no obliga a los Estados miembros a conceder de inmediato la exención de retención (o el tipo reducido) si no están seguros de poder obtener el pago del impuesto en el caso de que la sociedad matriz no haya mantenido la participación en la filial durante el plazo mínimo de participación que la legislación del Estado concreto establezca de conformidad con el artículo 3.2 de la Directiva Matriz-Filial. El TJCE no entró a determinar cuál es el método que pueden emplear los Estados para conseguir estos efectos. Sin embargo, de la sentencia se desprende claramente que si, inicialmente, los Estados han sometido a retención los dividendos

remitidos por una filial a su matriz por no haberse cumplido el plazo fijado en la legislación nacional para aplicar la exención o el tipo reducido (caso de Alemania), debe procederse a la devolución del impuesto recaudado cuando la sociedad matriz acredite *a posteriori* el mantenimiento de la participación en la sociedad filial por el período de tiempo fijado en la legislación del Estado miembro de que se trate ¹⁸.

Además, el TJCE declaró que el artículo 5.1 de la Directiva dispone, de un modo claro y sin ambigüedad, la exención de la retención del impuesto en la fuente para aquellas sociedades matrices que tengan una participación de un 25 por 100 como mínimo en el capital de su filial, o, lo que es lo mismo, que el artículo 5.1 es susceptible de producir efecto directo, pues de él es posible deducir «derechos mínimos» en favor de las sociedades matrices, y puede ser invocado ante los tribunales y autoridades nacionales por aquellas sociedades que cumplen las condiciones requeridas por la Directiva para invocar la exención mencionada ¹⁹.

IV. LA REACCIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL ANTE LA SENTENCIA *DENKAVIT*

1. Las modificaciones introducidas por el legislador español en los artículos 30 y 46.1.f) LIS.

La reacción del legislador español a la sentencia *Denkavit* se produjo en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ²⁰. Lógicamente, la sentencia *Denkavit* exigía la modificación de las disposiciones de la LIS relativas a las remisiones de beneficios por parte de sociedades filiales españolas a sus matrices residentes en otros Estados

¹⁸ En el mismo sentido, M. VILLAR EZCURRA, «Interpretación de la Directiva Matriz-Filial por la Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1996», *Comunidad Europea Aranzadi*, n.º 1, 1997, pág. 39.

¹⁹ En la sentencia *Denkavit* también se planteó la posibilidad de que existiera responsabilidad de Alemania por incumplimiento de la Directiva Matriz-Filial. Sin embargo, el TJCE no aceptó la existencia de responsabilidad por violación del Derecho Comunitario ya que la interpretación que este Estado realizó del artículo 3.2 de la Directiva Matriz-Filial fue la admitida por la mayoría de los Estados miembros y no existía una jurisprudencia previa del TJCE en esta materia. En consecuencia la vulneración del precepto mencionado no puede ser calificada de «suficientemente caracterizada» (violación manifiesta y grave) del Derecho Comunitario a los efectos de determinar la responsabilidad del Estado alemán por los daños causados a las empresas afectadas como consecuencia de la deficiente transposición en Alemania de la Directiva. *Vid.*, en materia de responsabilidad de los Estados por violación del Derecho Comunitario, SSTJCE de 19 de noviembre de 1991, *Francovic*, Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. I-5357; de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur*, Asuntos acumulados C-46/93 y 48/93, Rec. I-1029; de 26 de marzo de 1996, *British Telecommunications*, Asunto C-392/93, Rec. I-1631; de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas (Ireland) Ltd.*, Asunto C-5/94, Rec. I-2553; de 8 de octubre de 1996, *Dillenkofer*, Asuntos acumulados C-178/94, 179/94, 188/94, 189/94 y 190/94, Rec. I-4845. *Vid.*, igualmente, la Sentencia de 10 de julio de 1997, Asunto *Palmisani*, Rec. I-4025, donde el TJCE se pronuncia sobre las condiciones procesales que deben darse para poder reclamar la responsabilidad de un Estado miembro por infracción del Derecho Comunitario.

²⁰ *BOE* de 31 de diciembre.

de la Unión Europea. Así lo entendió el legislador español y la Ley 66/1997 dio nueva redacción al artículo 46.1.f) LIS con la finalidad de adaptar nuestra legislación a las exigencias del Derecho Comunitario. De conformidad con la nueva redacción del artículo citado, las filiales que distribuyan beneficios a sus matrices residentes en la Unión Europea no deberán efectuar retención en la fuente sobre estos beneficios si la sociedad matriz ha mantenido la participación en la filial por un período de un año computado desde el día en que sea exigible el beneficio que se distribuya, o bien -y ésta es la modificación-, si esta condición no se cumple, cuando se acredite que la participación se ha mantenido durante el tiempo que falte para completar el año. En este último caso, la cuota tributaria ingresada inicialmente será devuelta una vez cumplido dicho plazo.

El legislador español también interpretó, con buen criterio, que la sentencia *Denkavit* exigía introducir modificaciones en relación al período de tenencia de la participación que se considera necesario para aplicar la deducción para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional del artículo 30 LIS. Con anterioridad a la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, la participación, directa o indirecta, de la matriz española en la filial no residente debía mantenerse de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que fuera exigible el beneficio que distribuye la filial. Tras la modificación introducida por la Ley 66/1997, la aplicación de la deducción para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional no se condiciona al mantenimiento de la participación durante un año con anterioridad a la fecha en que sea exigible el beneficio; será posible aplicar la deducción a la que nos estamos refiriendo cuando se acredite el mantenimiento de la participación con posterioridad al momento en que jurídicamente sea exigible el beneficio distribuido por la sociedad filial extranjera a su matriz española durante el tiempo que falte para completar el período de un año, computado desde que la matriz adquirió la participación ²¹.

²¹ Hay que llamar la atención aquí sobre ciertas diferencias que existen entre el artículo 30 y el 46.1.f) LIS. Además de que cada uno de esos artículos tiene una finalidad distinta (el primero se dirige a la eliminación de la doble imposición intersocietaria sobre los dividendos en el país de residencia de la matriz y el segundo a la eliminación de la doble imposición internacional por efecto de la sujeción a gravamen de la matriz en el país de residencia de la filial), para poder aplicar la deducción del artículo 30 LIS se exige un porcentaje de participación, directa o indirecta, de la matriz del 5 por 100 en el capital de la filial, mientras en el artículo 46.1.f) LIS el porcentaje para beneficiarse de la exención es del 25 por 100, sin computarse las participaciones indirectas que la matriz no residente pueda tener en la filial española. Por otra parte, en el ámbito del artículo 46.1.f) LIS, la Ley 66/1997 ha introducido la siguiente novedad: el Ministerio de Economía y Hacienda podrá declarar, a condición de reciprocidad, que la exención de este artículo es aplicable a las matrices que reciban dividendos de filiales españolas y posean una participación directa de, al menos, el 10 por 100 en el capital de la filial (anteriormente la posibilidad de reconocimiento a condición de reciprocidad se aplicaba únicamente en relación a la forma de las sociedades que podían beneficiarse de la exención). Coincidimos con E. SANZ GADEA cuando afirma que este párrafo final del artículo 46.1.f) LIS no contraviene la Directiva, dado que los «mínimos» que ésta establece se encuentran garantizados por la legislación española (E. SANZ GADEA, «Ley 66/97 de 30 de diciembre y Ley 65/1997, de 30 de diciembre», *op. cit.* pág. 125). Asimismo, téngase en cuenta que la adaptación del artículo 30 LIS a la sentencia *Denkavit* únicamente afecta al apartado primero del citado precepto. Entendemos que dicha opción de política legislativa se ajusta plenamente al Derecho Comunitario, dado que, como ya adelantó J. R. RUIZ GARCÍA, «la deducción regulada por el artículo 30.2 LIS (filiales de segundo y tercer nivel) no viene exigida por la citada Directiva comunitaria, sino que fue introducida por el legislador español en el ejercicio de su libertad de configuración» (J. R. RUIZ GARCÍA, «La Deducción por dividendos extranjeros», *op. cit.* págs. 278-279).

2. Cuestiones controvertidas en relación a la modificación del artículo 46.1.f) LIS ('dividendos de salida')²².

Como ya hemos comentado, la solución adoptada por el legislador español como reacción a la sentencia *Denkavit* en el ámbito de la imposición de beneficios remitidos a matrices comunitarias por sus filiales españolas ha sido obligar inicialmente a la matriz no residente a ingresar el impuesto debido como consecuencia de las distribuciones de dividendos que realicen sus filiales españolas y permitir la solicitud de devolución del impuesto pagado previamente una vez cumplido el año de tenencia de la participación que se exige para conceder la exención del impuesto²³. Aunque la legislación española no se pronuncia al respecto, es lógico entender que la devolución del impuesto pagado a la matriz no residente debe hacerse pagando los correspondientes intereses²⁴.

²² Este precepto va a ser objeto de modificación por la futura ley del «Impuesto sobre la Renta de los No Residentes» que actualmente se está tramitando en la Cortes. No obstante, como ya hemos advertido no se aprecian cambios a los efectos que abordamos en este trabajo (*vid. supra*).

²³ Ésta fue la solución adoptada, con anterioridad a la sentencia *Denkavit*, por el Gobierno Austríaco al desarrollar la Directiva Matriz-Filial en su ordenamiento interno. *Vid.*, Opinión del Abogado General Jacobs en *Denkavit*, para. 34.

²⁴ El Abogado General Jacobs, en el párrafo 46 de su opinión en la sentencia *Denkavit*, indicó lo siguiente: «De conformidad con el principio de igualdad de trato de los derechos de crédito basados en el Derecho comunitario, deberían devengarse intereses pagaderos con la devolución de cualquier impuesto retenido, en las mismas condiciones que se aplican a las devoluciones de impuestos con arreglo a la normativa nacional». No se olvide tampoco que el TJCE ha declarado, en reiterada jurisprudencia, que las normas sobre devolución de ingresos tributarios establecidas por los Estados miembros no pueden ser en ningún caso discriminatorias para los nacionales (y no-residentes) de los diferentes Estados miembros, ni obstaculizar o hacer prácticamente imposible el derecho a la devolución (SSTJCE de 27 de febrero de 1980, Asunto 68/79, *Biehl*, Rec. p. I-501; de 8 de mayo de 1990, *H. Just*, Asunto 175/88, Rec. p. I-1779; de 13 de julio de 1993, *Commerzbank*, Asunto 330/91, Rec. p. I-4017; de 26 de octubre de 1995, *Comisión/Luxemburgo*, Asunto 151/94, Rec. p. I-3685 y ss.). A nuestro entender, las retenciones en la fuente sobre las distribuciones de beneficios de filiales españolas a matrices comunitarias deben ser objeto de devolución de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, sobre devolución de ingresos indebidos. Y ello, fundamentalmente, atendiendo a que pueden ser calificados como ingresos tributarios indebidos y, por tanto, amparados por el citado reglamento. M. LUCAS DURÁN («La reforma de los artículos 30 y 46.1.f) de la LIS por la Ley 66/97, de 30 de diciembre de medidas fiscales», *Impuestos*, n.º 7, 1998, págs. 24-25), pese a considerar que estamos ante el «otorgamiento retrasado de una exención», niega la posibilidad de que se devenguen intereses a favor del contribuyente cuando acreditara la permanencia de la participación. A nuestro juicio, estamos ante una exención de carácter complejo, como la que se produce en los supuestos de exenciones de incrementos de patrimonio por futura reinversión, donde el hecho imponible tiene lugar con antelación, y es entonces cuando nace y se aplica la exención, aunque el hecho determinante de la misma se produzca o perfeccione con posterioridad. El supuesto del artículo 46.1.f) LIS (como el del art. 30.1 LIS) constituye una exención tributaria de presupuesto complejo, donde el legislador ha decidido no conceder la exención con carácter provisional (como sí ha hecho en el art. 30 y en otros casos), y en su lugar se gira una «liquidación (parcialmente) caucional» (art. 74.2 LGT) cuya cuota tributaria se devolverá cuando se verifique el hecho legitimador (la permanencia de la participación). Tal forma de operar, a nuestro juicio, no altera la conclusión que venimos manteniendo, siguiendo la mayoría de la doctrina y al TEAC, consistente en afirmar que el devengo de la exención acontece con la realización del hecho imponible y, por tanto, antes de que se produzca el hecho legitimador; esta tesis permite mantener el devengo de intereses cuando se produzca la devolución, por el período comprensivo desde que se ingresó la cuota tributaria correspondiente hasta la fecha de la devolución. *Vid.*: F. SAINZ DE BUJANDA, «Teoría jurídica de la exención tributaria», en *Hacienda y Derecho*, t. IV, 1960, pág. 427 y ss.; C. LOZANO SERRANO, *Exenciones tributarias y Derechos Adquiridos*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 62; J. R. RUIZ GARCÍA, *La liquidación en el ordenamiento tributario*, Civitas, Madrid, 1987, págs. 222 y ss.; P. HERRERA MOLINA, *La exención tributaria*, Cóllex, Madrid, 1990, págs. 76 y ss.; C. GARCÍA NOVOA, *La devolución de ingresos tributarios indebidos*, Marcial Pons, Madrid, 1993, págs. 162 y ss.

La solución recogida en el artículo 46.1.f) LIS fue permitida expresamente por el TJCE, quien a estos efectos indicó en la sentencia *Denkavit* que la Directiva Matriz-Filial no obliga a los Estados miembros a conceder de inmediato la exención de retención si no están seguros de poder obtener el pago del impuesto cuando la sociedad matriz no haya mantenido la participación en la filial durante el período de tiempo requerido en los ordenamientos nacionales. Vemos, pues, que el método de devolución *a posteriori* adoptado por el legislador español está motivado por el temor de que la Hacienda española no pueda recaudar el impuesto debido por la matriz no residente.

Ahora bien, cabe cuestionarse si en marco del actual sistema de responsabilidad de la LIS la adopción de este método tiene suficiente lógica y es compatible con la propia sentencia *Denkavit*. Como es sabido, la LIS establece que el pagador de rendimientos devengados sin mediación de establecimiento permanente por los sujetos pasivos no residentes responderá solidariamente del ingreso de las deudas tributarias correspondientes a los rendimientos que haya satisfecho²⁵. Es decir, la filial española será responsable de la deuda tributaria correspondiente a la matriz no residente en caso de falta de pago de esta última²⁶. En otras palabras, sin necesidad de modificar el artículo 46.1.f) LIS, el crédito tributario de la Hacienda Pública frente a la matriz no residente ya estaba garantizado en la propia LIS²⁷.

Si esa garantía ya existía, en nuestra opinión, carece de sentido introducir una segunda garantía del crédito tributario que corresponde satisfacer a la matriz no residente. Puesto que la filial responde solidariamente, sin necesidad de acto de derivación de la responsabilidad²⁸, del crédito tri-

²⁵ Artículo 44 LIS. Sobre la figura del responsable por deudas del no residente puede consultarse, C. LETE ACHIRICA, *Las entidades no residentes en el Impuesto sobre Sociedades*, Cedecs, Barcelona, 1997, págs. 88-94; S. COLMENAR VALDÉS, «La responsabilidad solidaria en la tributación de no residentes: sus elementos estructurales», *Crónica Tributaria* n.º 67/1993, pág. 17; N. CARMONA FERNÁNDEZ, «La nueva responsabilidad solidaria por las deudas del no residente: algunas cavilaciones», *Impuestos*, Vol. I, 1992, pág. 181.

²⁶ La práctica desempeñada por la Administración tributaria española en los últimos años ha revelado la eficacia del expediente de responsabilidad solidaria del pagador, depositario o gestor de bienes o derechos del no residente, a los efectos de asegurar el cobro de las deudas tributarias correspondientes a sujetos no residentes de España. Muestra de la operatividad y eficacia de este mecanismo puede encontrarse en la SAN de 23 de septiembre de 1997 (JT, Ar. 1104) y las RRTEAC de 23 de julio de 1997 (JT, Ar. 1264), de 22 de octubre de 1997 [*Revista de Contabilidad y Tributación (Legislación, Consultas, Jurisprudencia)*]. Ed. Estudios Financieros, n.º 179] y de 19 de diciembre de 1997 (JT98, Ar. 247).

²⁷ Sobre la figura del retenedor en la fuente (*withholding agent*) y su funcionalidad en materia de tributación internacional ha incidido recientemente F. VANISTENDAEL; este autor considera que la función de garantía con la que opera el *withholding agent* debería ampliarse para cercenar la deslocalización internacional de las rentas del capital; ello contribuiría a reducir la competencia fiscal entre los diferentes países, así como a evitar las distorsiones que las transformaciones de naturaleza de las rentas (capital/ganancias capital) que se introducen en los sistemas tributarios nacionales en la lucha contra el fraude fiscal. F. VANISTENDAEL, «Reinventing source Taxation», *EC Tax Review*, n.º 3, 1997, págs. 152-161.

²⁸ Entendemos que, por aplicación del artículo 32 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y garantías del contribuyente, debe mediar acto de derivación de responsabilidad para que exigir el pago de la deuda tributaria al responsable. No obstante, no parece que el Ministerio de Economía y Hacienda tenga la misma opinión que nosotros, y, así, en el artículo 8 del Borrador del Proyecto de Ley del Impuesto sobre la Renta de los No Residentes, se reitera que no es preciso acto de derivación de responsabilidad para exigir la deuda tributaria al responsable (pagador de rendimientos al no residente), lo cual puede plantear problemas de compatibilidad con la normativa comunitaria por ser contrario a la libertad de establecimiento del artículo 52 del Tratado de Roma (*vid.*, STJCE de 13 de julio de 1993, *Commerzbank*, Asunto 330/91, Rec. p. I-4017).

butario de la matriz, una segunda garantía es innecesaria y sólo puede producir el efecto de hacer más gravosas las remisiones de dividendos a sociedades matrices no residentes en comparación con las remisiones efectuadas a matrices españolas, pues las matrices no residentes se ven obligadas, al pago del Impuesto sobre Sociedades español para luego solicitar su devolución ²⁹.

Esta cuestión fue considerada de forma tangencial por el Abogado General Jacobs en sus conclusiones en relación a la sentencia *Denkavit*. El Abogado General declaró que una exención provisional podría ser el método adecuado de transposición de la Directiva Matriz-Filial en los supuestos de remisiones de dividendos a sociedades matrices residentes en un Estado miembro distinto de aquel donde se encuentra la filial, pues los Estados miembros siempre pueden establecer que esta última es responsable conjuntamente con su sociedad matriz por el impuesto debido por esta última ³⁰. No obstante, la apreciación del Abogado General no fue tenida en cuenta por el TJCE, quien en la sentencia *Denkavit*, en un acto de deferencia hacia los intereses recaudatorios de los Estados miembros, declaró que éstos:

1. no están obligados a conceder inmediatamente la exención de impuesto a la matriz no residente si no están seguros de poder obtener el pago ulterior del impuesto en caso de incumplimiento del período mínimo de tenencia, y
2. son libres de determinar, habida cuenta de las necesidades de sus ordenamientos jurídicos internos, las modalidades que garanticen la observancia del período de tenencia de la participación ³¹.

²⁹ Con carácter general, es decir, no referida al ordenamiento español, comparte la misma opinión MAISTO, «The EC Court's Interpretation of the Parent-Subsidiary Directive under the *Denkavit* Case,» *Intertax* 5/1997, pág. 188.

³⁰ Conclusiones del Abogado General Jacobs en los Asuntos Acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94, para. 44: «Cabe incluso dudar que los Estados miembros puedan justificar la imposición provisional o la exigencia de la prestación de garantías por importe equivalente al del impuesto. La exención provisional podría constituir la modalidad de ejecución correcta. No me persuade plenamente el argumento de que no puede concederse la exención provisional porque los Estados miembros podrían enfrentarse a dificultades en el cobro a las sociedades filiales radicadas en sus territorios de los impuestos no percibidos. Los Estados miembros podrían establecer una responsabilidad tributaria conjunta de las filiales. A mi parecer, el cobro del impuesto a una sociedad filial residente no presentaría mayor dificultad que el cobro de otros impuestos sobre la renta y los incrementos de patrimonio a los contribuyentes residentes. Además, incluso en el supuesto de liquidación de la sociedad, en algunos casos, los derechos de crédito de las Administraciones Tributarias gozan de prioridad.». No obstante lo anterior, el Abogado General aceptó que los Estados miembros deben disponer de un cierto margen para prevenir abusos y rechazó la alegación de *Denkavit* y la Comisión en el sentido de que debía concederse una exención inmediata a la matriz no residente en relación a los dividendos recibidos desde otro Estado miembro por el impuesto a pagar en ese Estado (*vid.* para. 46 de las Conclusiones del Abogado General Jacobs). Nótese, a su vez, que la institución de la «exención provisional» o de las «deducciones provisionales» no resultan en modo alguno ajenas o extrañas a nuestro sistema tributario; en particular, resulta reseñable la aplicación de esta institución en el ámbito de las exenciones de impuestos locales que venían disfrutando las viviendas de protección oficial (RTEAC de 15 de octubre de 1980) (*Vid.*: C. LOZANO SERRANO, *Exenciones tributarias y Derechos adquiridos*, *op. cit.* págs. 61-62; F. CERVERA TORREJÓN, «Exención tributaria provisional. Consecuencias del incumplimiento de condiciones», *CT*, n.º 36, 1981, pág. 209) o en el ámbito del IRPF en relación a las deducciones en la cuota por adquisición de vivienda habitual (*vid.* art. 33 RD 1841/1991, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).

³¹ Fj. 33 de la decisión del Tribunal en *Denkavit*. Coincidimos con M. LUCAS DURÁN cuando afirma que de la sentencia *Denkavit* se infiere que «en el supuesto de que los Estados estén seguros de poder obtener el ulterior pago del impuesto cuando no se cumpla el plazo de mantenimiento de la participación en la filial fijado por la legislación nacional, entonces no resultaría conforme a la Directiva exigir el ingreso de la retención en la fuente para ser recuperado a partir del momento en que se complete el referido plazo» [M. LUCAS DURÁN «La reforma de los artículos 30 y 46.1.f) de la LIS por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales», *op. cit.* págs. 13-14].

Sin embargo, el TJCE no consideró la posibilidad de que, al igual que España, en la legislación de otros Estados miembros es común la responsabilidad por la deuda tributaria de un no residente a cargo del pagador de rendimientos a estos sujetos pasivos³². En la sentencia *Denkavit*, el TJCE no tuvo en cuenta esta realidad, demostrando una vez más su falta de familiaridad con las cuestiones relativas a impuestos directos. Parece que en la sentencia que comentamos el TJCE estaba más preocupado por salvaguardar los intereses recaudatorios de los Estados miembros que por ponderar el interés del contribuyente, en este caso, las sociedades matrices no residentes³³.

A la luz de los argumentos expuestos, la decisión del TJCE puede ser atacada por incumplir el principio comunitario de proporcionalidad: cuando, como es el caso de España, los Estados miembros establecen en sus legislaciones que los pagadores de rendimientos a no residentes responden solidariamente de las deudas tributarias de éstos no es necesario arbitrar formas de garantía adicionales (ingreso del impuesto por la matriz y posterior solicitud de devolución) con el fin de verificar que se cumplen los períodos mínimos de tenencia para beneficiarse de la exención de retención en la fuente sobre los dividendos remitidos a la matriz³⁴. Estas garantías adicionales serían contrarias a la finalidad de la Directiva, gravando indebidamente a las matrices no residentes³⁵. No se olvide que el TJCE, en reiterada jurisprudencia, ha declarado que los controles autorizados o previstos por normas comunitarias deben ser ejecutados o establecidos por los Estados miembros de la forma más adecuada al fin de control, articulando, en todo caso, el mecanismo que menos restrinja las libertades comunitarias³⁶.

No obstante la crítica anterior, fundada en el hecho de que el TJCE no consideró que la garantía del pago del impuesto correspondiente a las matrices no residentes estaba ya regulada en la legislación de casi todos los Estados miembros y no era, en consecuencia, necesario regular garantías adicionales, podría concluirse, del tenor literal de la sentencia *Denkavit*, que el actual artículo 46.1.f) LIS es contrario al principio comunitario de proporcionalidad. En *Denkavit*, el TJCE rehusó pro-

³² MAISTO, *op. cit.*, pág. 188, ha identificado los siguientes países donde el pagador de rendimientos al no residente responde por el impuesto de éste: Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Alemania, Italia, Suecia y Reino Unido (además de España). De hecho, el legislador luxemburgués ha adaptado su ordenamiento a la sentencia *Denkavit* estableciendo una «exención provisional» de la retención en la fuente sobre los dividendos, si la filial pagadora se compromete a que se mantendrá la participación durante el período necesario para cumplir el año. No obstante, también se han establecido disposiciones que habilitan a la Administración tributaria para exigir una garantía bancaria que asegure el pago del impuesto; dicha garantía se cancelaría en el momento en que la matriz acreditase el cumplimiento del requisito de permanencia de la participación. *Vid.* J. SCHAFFNER and G. DUSEMON, «Post-Denkavit changes in the Luxembourg tax legislation: the new parent-subsidiary rules», *EC Tax Review*, n.º 1, 1998, pág. 43.

³³ MAISTO, *op. cit.*, pág. 189.

³⁴ *Vid.*, en el mismo sentido, MAISTO, *op. cit.*, pág. 188.

³⁵ Debemos recordar que en el ámbito de otros impuestos (por ejemplo, el IVA) las devoluciones de impuestos pagados en nuestro país a no residentes no se caracterizan precisamente por su rapidez y eficacia. En este sentido, el TJCE ya ha tenido ocasión de condenar a la Administración española en relación con el incumplimiento del plazo de seis meses previsto en el artículo 7.4 de la Octava Directiva para la devolución a no establecidos en territorio español del IVA soportado en nuestro país. *Vid.*, STJCE de 14 de diciembre de 1995, *Comisión/España*, Asunto C-16/95, Rec. I-4883.

³⁶ SSTJCE de 15 de septiembre de 1982, *Denkavit*, Asunto 233/81, Rec. p. I-2933, apartado 13; y de 22 de junio de 1994, *Deutsches Milch-Kontor*, Asunto 496/92, Rec. p. I-2757, apartados 52 y ss.

nunciarse sobre cuál era el método adecuado para garantizar el pago del impuesto debido en caso de incumplimiento por la matriz del período de tenencia mínimo establecido por la legislación de los Estados miembros para beneficiarse de la exención del impuesto en el país de la fuente. El TJCE afirmó en este sentido que la Directiva Matriz-Filial no obliga a los Estados miembros a conceder la exención a partir del comienzo del período de participación, si los Estados miembros no están seguros de poder obtener el pago ulterior en el caso de que la sociedad matriz no observe el plazo mínimo de participación que hayan fijado ³⁷.

Ahora bien, la seguridad del pago del impuesto existe cuando en el ordenamiento nacional, como es el caso del español, dispone que la filial, en su calidad de pagadora, es responsable del impuesto debido por la matriz no residente. En consecuencia, no se cumpliría la condición requerida por el TJCE para considerar legítimo este sistema (no existencia de seguridad en el cobro del impuesto) y, por ello, el ingreso del impuesto y posterior devolución una vez cumplido el período de tenencia sería contrario, también, al propio tenor de la sentencia *Denkavit*.

El TJCE declaró que «de la Directiva no se desprende que los Estados miembros estén obligados a conceder inmediatamente la exención fiscal cuando la sociedad matriz se comprometa unilateralmente a respetar el plazo mínimo de participación» ³⁸ pero nada dice el TJCE en relación a la concesión inmediata de la exención si el pago del impuesto está garantizado por la responsabilidad de la filial. El TJCE declaró que la Directiva no proporciona ninguna indicación sobre la forma de garantizar la exención del impuesto en tanto se verifica el período mínimo de participación, no correspondiendo al TJCE imponer a los Estados miembros un mecanismo concreto ³⁹. Está claro, no obstante, que ese mecanismo que adopten los Estados miembros deberá cumplir con el principio de proporcionalidad exigido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ⁴⁰. Y parece que el principio de proporcionalidad no se cumple en el actual artículo 46.1.f) LIS al exigir a la matriz el ingreso de la deuda tributaria y la posterior solicitud de devolución, pues el pago del crédito tributario ya estaba garantizado al declarar la legislación española la responsabilidad solidaria de la filial en relación a la deuda tributaria de la matriz no residente ⁴¹.

³⁷ Fj. 33 de la decisión del TJCE en *Denkavit*.

³⁸ Fj. 33 y 36 de la decisión del TJCE en *Denkavit*.

³⁹ Fj. 35 de la decisión del TJCE en *Denkavit*.

⁴⁰ *Vid.*, en relación al principio de proporcionalidad, por ejemplo, el reciente caso *Leur-Bloem*, donde el TJCE declaró, refiriéndose a la cláusula anti-abuso incluida en la Directiva Fusiones: «A falta de disposiciones comunitarias más precisas relativas a la aplicación de la presunción prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 11 [cláusula anti-abuso de la Directiva Fusiones, corresponde a los Estados miembros determinar, respetando el principio de proporcionalidad, las modalidades necesarias al objeto de aplicar esta disposición]», para. 43, STJCE de 17 de julio de 1997, Asunto C-28/95, *Leur-Bloem*, Rec. I-4161. La sentencia *Futura Participations* (de 15 de mayo de 1997, Asunto 250/95, Rec. p. 2492) también ha puesto de relieve que las medidas nacionales que persiguen el control fiscal, en tanto ocasionen restricciones a las libertades comunitarias fundamentales, deben ser estrictamente necesarias y proporcionales a sus fines para que resulten compatibles con el ordenamiento comunitario.

⁴¹ En un sentido similar, M. LUCAS DURÁN cuestiona la compatibilidad del artículo 46.1.f) LIS con el principio comunitario de no discriminación. Entiende este autor que lo más acorde con el citado principio sería conceder a la matriz no residente la posibilidad de aportar una «garantía suficiente» (personal: aval bancario, aval de terceros residentes como la filial; real: hipoteca inmobiliaria). M. LUCAS DURÁN, «La reforma de los artículos 30 y 46.1.f) de la LIS por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de medidas fiscales», *op. cit.* págs. 28 y ss.

3. Cuestiones controvertidas en relación a la modificación del artículo 30 LIS ('dividendos de entrada').

En un primer momento, podría pensarse que las modificaciones realizadas en relación con las retenciones sobre beneficios enviados por una filial española a su matriz comunitaria -art. 46.1.f) LIS- y aquellas que afectan a la deducción que pueden aplicarse las sociedades matrices españolas receptoras de dividendos provenientes de sus filiales extranjeras -art. 30 LIS- son análogas. En realidad, esta primera impresión es cierta sólo en parte: en ambos artículos se permite el cumplimiento del período de tenencia tras el momento en que sea exigible jurídicamente el beneficio, pero la forma de cumplimiento y los efectos de los artículos 30 y 46.1.f) LIS son distintos. El artículo 46.1.f) LIS requiere que, cuando la matriz extranjera no haya cumplido el período de un año de tenencia de la participación, ésta deberá aceptar la retención que le practique su filial y solicitar la devolución del impuesto pagado una vez se cumpla el período de un año desde el momento en el que adquirió la participación, mientras que en el artículo 30 LIS no se exige a la matriz española el ingreso de la cuota correspondiente y la posterior solicitud de devolución de lo pagado cuando se cumpla el período que falte para completar el año desde la distribución de beneficios por su filial no residente.

En otras palabras, en el ámbito de la deducción por doble imposición intersocietaria del artículo 30 LIS cabría interpretar que la sociedad matriz española podrá aplicar *ab initio* la deducción, y si el período de un año no se cumpliera *a posteriori*, ingresar entonces la cuota no ingresada (con los correspondientes intereses de demora, entendemos). Por el contrario, en el régimen del artículo 46.1.f) LIS, la matriz comunitaria con filiales españolas deberá pagar el impuesto que le corresponde, vía retención efectuada por la filial española, y sólo cuando haya transcurrido el período de un año podrá la matriz solicitar la devolución del impuesto pagado.

A primera vista, podría entenderse que la diferencia de redacción entre ambos artículos es sólo fruto de un descuido del legislador en relación con la deducción por doble imposición, es decir, con la redacción del artículo 30 LIS, y que por imperativo de este artículo, la sociedad matriz deberá ingresar la cuota que le corresponda por los dividendos que recibe. Sólo cuando se cumpla el período de tenencia de un año que tal artículo prescribe, la matriz podrá solicitar la devolución de lo pagado previamente.

No obstante, hay importantes razones que justifican la interpretación alternativa que proponemos. En primer lugar, la diferente forma de sujeción al Impuesto sobre Sociedades de las matrices que aplican el artículo 30 LIS en relación con aquellas que se benefician del artículo 46.1.f) LIS (las primeras son residentes y están sujetas al IS por obligación personal mientras que las segundas son no residentes y están sujetas por obligación real) podría justificar una diferencia de tratamiento: el impuesto a pagar por matrices españolas que perciben dividendos de sus filiales comunitarias está suficientemente asegurado, y, sin embargo, no lo está tanto el crédito tributario que la Hacienda Pública española pueda tener frente a sociedades matrices no residentes en España ⁴².

⁴² Con ello no estamos contradiciendo nuestras consideraciones en torno al artículo 46.1.f) LIS, nosotros entendemos que la responsabilidad del pagador de los rendimientos al no residente es más que suficiente para asegurar el impuesto debido por la matriz comunitaria, simplemente estamos teniendo en cuenta el razonamiento que podría haber seguido el legislador para dar una redacción diferente a los artículos 30 y 46.1.f) LIS.

En segundo lugar, si se interpretara el artículo 30 LIS en el sentido de que la matriz no puede aplicarse la deducción por doble imposición regulada en dicho artículo cuando recibe dividendos de la filial y aún no ha transcurrido un año desde la adquisición se produciría un resultado absurdo: para, por ejemplo, sociedades matrices que cierran su ejercicio a 31 de diciembre de cada año, las participaciones que adquieran en la segunda mitad del año se verían discriminadas en relación con las participaciones que adquieran en los primeros seis meses. Como es sabido, la declaración del Impuesto sobre Sociedades se presenta en el plazo de veinticinco días naturales siguientes a los seis meses posteriores a la conclusión del período impositivo, es decir, por ejemplo, en el supuesto de una sociedad con cierre de ejercicio a 31 de diciembre, la declaración del Impuesto sobre Sociedades deberá presentarse dentro de los días 1 a 25 de julio del año natural siguiente⁴³. Pues bien, en esas fechas (1 a 25 de julio) ya se habrá cumplido el año exigido por el artículo 30 LIS para las participaciones que se adquirieron en los primeros seis meses del ejercicio anterior y que hayan dado derecho a la participación en dividendos con anterioridad a la expiración del período de un año, contado desde la adquisición de la participación, pero nunca se habrá cumplido el año para las participaciones adquiridas en el segundo semestre de ese ejercicio y por las que también se hayan percibido dividendos⁴⁴. La consecuencia sería que en el momento de presentar la declaración-liquidación del Impuesto sobre Sociedades la matriz que cierra su ejercicio a 31 de diciembre y pretenda aplicarse la deducción del artículo 30 LIS podría hacerlo en relación con las participaciones adquiridas en los primeros seis meses del ejercicio pero no para aquellas adquiridas en los seis meses siguientes. Se producirían así situaciones absurdas en las que -además de discriminarse las participaciones en función de su adquisición en el primer o segundo semestre del año-, por ejemplo, la sociedad matriz deberá realizar el ingreso antes del 25 de julio para luego solicitar la devolución unos días después porque el período de un año exigido por el artículo 30 LIS finaliza el 26, 27, 28, etc., de julio⁴⁵.

Esta situación introduciría distorsiones en relación con momento de adquisición de la participación por las sociedades matrices, lo cual no puede entenderse compatible con el espíritu de la Directiva Matriz-Filial, que, como afirma su Preámbulo, es eliminar las distorsiones de carácter fiscal a la cooperación entre las sociedades integrantes de un grupo de sociedades.

Estos efectos distorsionantes si se interpretaran los artículos 30 y 46.1.f) de la misma forma se producen por las diferencias que existen entre la obligación real y la obligación personal de contribuir. Mientras que en el caso de la obligación personal el carácter periódico del Impuesto sobre Sociedades lleva a la presentación de una única declaración-liquidación una vez expirado el período

⁴³ Vid. artículos 24 y 142 LIS.

⁴⁴ Existe una excepción en aquellos supuestos en los que la participación se adquirió entre el 1 y el 25 de julio del ejercicio de referencia, puesto que la obligación de presentar la declaración entre el 1 y el 25 de julio del año natural siguiente puede determinar que el período de tenencia de un año exigido a los efectos del artículo 30 LIS ya se haya cumplido en el momento de presentar la declaración-liquidación del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al ejercicio en el que se adquirió la participación.

⁴⁵ Estos problemas se producen no sólo con relación a sociedades que cierran su ejercicio a 31 de diciembre, pues da igual la fecha de cierre del ejercicio para que se produzcan los efectos descritos. Al referirnos a la fecha de cierre de ejercicio a 31 de diciembre simplemente estamos tomando el que creemos ejemplo más significativo por su habitualidad.

do impositivo y devengado el Impuesto sobre Sociedades, en la obligación real sin establecimiento permanente estamos ante un impuesto instantáneo, que obliga a presentar liquidaciones a medida que el no residente percibe renta de fuente española ⁴⁶. Así, en el supuesto de matrices no residentes que perciben dividendos de filiales españolas el ingreso provisional y posterior solicitud de devolución del impuesto previamente pagado se produce operación por operación, pues la declaración del Impuesto sobre Sociedades a pagar en España se presentará por cada distribución de dividendos. Sin embargo, en el supuesto de la obligación personal, esto es, de sociedades matrices españolas que perciben dividendos de sus filiales comunitarias, la declaración por esta renta se presentará, conjuntamente con la de las otras rentas y plusvalías que obtenga la sociedad, dentro de los veinticinco días siguientes naturales siguientes a los seis meses desde el cierre del ejercicio de la sociedad matriz, lo cual determina que en esa fecha, es decir, cuando la matriz española vaya a pagar el correspondiente Impuesto sobre Sociedades, ya se haya cumplido el período de un año que exige el artículo 30 LIS para participaciones que la sociedad matriz adquirió en los primeros seis meses del ejercicio anterior a aquel en el que presenta la declaración-liquidación del Impuesto sobre Sociedades.

Las diferencias entre la forma de sujeción al impuesto español por los dividendos que percibe una matriz española y una matriz residente en otro Estado de la Unión Europea justifican, en nuestra opinión, la diferente redacción que el legislador ha dado al artículo 30 LIS y al artículo 46.1.f) LIS y la interpretación de los mismos que nosotros proponemos. Somos conscientes de que esta interpretación del artículo 30 LIS quizá no haya sido la querida por el legislador español, cuya voluntad pudo ser someter a gravamen en un principio a la matriz española que recibe dividendos de sus filiales comunitarias, la cual, una vez cumplido el período de tenencia mínimo podría solicitar la devolución del impuesto pagado previamente.

No obstante, la interpretación que proponemos se adapta mejor al espíritu de la Directiva Matriz-Filial ⁴⁷ y a la distinción que recoge nuestro ordenamiento tributario, y, en particular, la LIS, entre obligación personal de contribuir y obligación real ⁴⁸. Además, el crédito tributario de la matriz

⁴⁶ Recientemente se ha aprobado una norma que permite la «declaración colectiva», de forma que pueden agruparse en la misma declaración varios rendimientos devengados en un mismo período por uno o varios perceptores [Art. Primero.Tres de la OM de 23 de diciembre de 1997 (BOE de 30 de diciembre)].

⁴⁷ En este sentido es preciso recordar que las normas comunitarias producen «efecto indirecto» o, en otras palabras, deben ser tenidas en cuenta para interpretar la legislación nacional que desarrolla en el ordenamiento interno la norma comunitaria. *Vid.*, sobre el efecto indirecto de las normas comunitarias, SSTJCE de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, Asunto 14/83, Rec. 1891; de 13 de noviembre de 1990, *Marleasing*, Asunto C-106/89, Rec. I-4135 (refiriéndose a una legislación anterior a una directiva). *Vid.* igualmente T. C. HARTLEY, *The Foundations of EEC Law*, Clarendon, Oxford, 1994, págs. 222-225.

⁴⁸ Nótese, a su vez, que problemas análogos a los que se presentan en el artículo 30 LIS se han suscitado en otros ámbitos del sistema español y comparado, adoptándose medidas o soluciones similares a la interpretación que proponemos. Uno de estos supuestos viene dado por el de las denominadas «exenciones provisionales» que se aplican donde se ha devengado el impuesto pero el hecho generador de la exención tributaria de carácter complejo no se ha realizado en su integridad; ello venía aconteciendo en relación con las exenciones tributarias que venían disfrutando las viviendas de protección oficial en los impuestos locales; la exención se concedía con carácter provisional hasta que la vivienda fuera calificada con carácter definitivo como de «protección oficial» por la autoridad administrativa correspondiente; si dicha calificación no se produjera finalmente la exención provisional se revoca y el sujeto pasivo debe satisfacer el impuesto (RTEAC de 15 de octubre de 1980; C. LOZANO SERRANO, *Exenciones tributarias y Derechos adquiridos*, *op. cit.*

se haya suficientemente garantizado por el hecho de que es residente en territorio nacional y técnicamente no existen dificultades insuperables para que la matriz española se aplique la deducción del artículo 30 LIS en un primer momento, ingresando posteriormente la cuota no pagada si no llegara a cumplirse el período de un año de tenencia de la participación⁴⁹. En cualquier caso, el legislador pudo haber aclarado cuál era su intención, redactando el artículo 30 LIS de forma técnicamente más correcta a fin de que quedara claro al contribuyente cómo aplicar el artículo al que nos estamos refiriendo. Como argumento de Derecho Comparado a favor de nuestra tesis, puede destacarse que el legislador luxemburgués ha adaptado su ordenamiento a la sentencia *Denkavit* en el sentido propuesto por nosotros; la matriz luxemburguesa puede aplicar la deducción por doble imposición sin cumplir el período de tenencia de la participación, poniendo de relieve este extremo en su autoliquidación, siempre que se comprometiera a mantenerla hasta que se cumpliera el citado período; si por cualquier razón se incumpliera el requisito de tenencia de la participación se anularía la deducción llevándose a efecto el ajuste correspondiente⁵⁰.

4. Cuestiones comunes a los artículos 30 y 46.1.f) LIS.

La exigencia de un período mínimo de tenencia de la participación en los artículos 30 y 46.1.f) LIS tiene una finalidad claramente anti-elusiva: se pretende con el mantenimiento de la participación por un período de tiempo mínimo evitar las adquisiciones simuladas y transitorias de participaciones sociales con el solo propósito de trasladar el derecho a la deducción o a la exención de unas

págs. 61-62). Una solución análoga se aplica en el IRPF a las deducciones en la cuota por adquisición de vivienda habitual en relación a las cantidades depositadas en cuentas-vivienda: el depósito en una cuenta de este tipo da al sujeto pasivo el derecho a deducción, pero si en el plazo de 5 años no adquiriera la vivienda se ve obligado a sumar a la cuota del impuesto devengada en el ejercicio en que se hayan incumplido los requisitos, las cantidades deducidas, más los intereses de demora (art. 33 RD 1841/1991, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre las Personas Físicas y se modifican otras normas tributarias). Otro supuesto también próximo al del artículo 30 LIS se plantea, precisamente, en el ámbito de las deducciones por doble imposición internacional. Aquí acontece que la aplicación de estas deducciones por un sujeto pasivo que obtiene rentas foráneas debe realizarse en el ejercicio o período en que se integran en su base imponible. No obstante, puede ocurrir que en el momento en que se devenga, liquida y paga el impuesto del citado sujeto pasivo en su Estado de residencia, el gravamen foráneo que recae sobre las rentas que obtuvo en el extranjero se haya devengado pero no liquidado y pagado todavía. En estos casos, varios países (EE.UU., Finlandia, Japón y el Reino Unido, por ejemplo) permiten que el sujeto pasivo aplique las deducciones por doble imposición internacional sobre la base de los impuestos extranjeros «devengados» pero no pagados. Si el impuesto extranjero no se satisface finalmente o resulta inferior al inicialmente deducido por el sujeto pasivo, éste debe comunicárselo al Fisco del país donde reside, a los efectos de redeterminar la deducción inicialmente realizada. *Vid.* J. M. CALDERÓN CARRERO, *La Doble Imposición Internacional y los Métodos para su eliminación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, págs. 195 y ss.

⁴⁹ BOUZORA, «The Parent-Subsidiary Directive: *Denkavit's* Lessons», *European Taxation*, January 1997, pág. 17, mantiene la misma opinión que nosotros defendemos: «... since the dividends are received by a parent company which remains under full jurisdiction of the relevant Member State, it should not be technically too complex for Member States to grant *provisional relief* subject to continuous observation of the holding period» (cursiva en el original). M. LUCAS DURÁN parece participar de la misma opinión que nosotros, considerando, a su vez, aplicable al artículo 30 bis LIS lo dispuesto en el artículo 74.2 LGT (nota marginal de afección en los Registros públicos correspondiente a la deuda tributaria derivada de la concesión de la exención provisional). M. LUCAS DURÁN, «La reforma de los artículos 30 y 46.1.f) de la LIS por la ley 66/97, de 30 de diciembre de medidas fiscales», *op. cit.* págs. 19 y 23-24.

⁵⁰ J. SCHAFFNER and G. DUSEMON, «Post-Denkavit changes in the Luxembourg tax legislation», *op. cit.* pág. 42.

personas a otras⁵¹. Este carácter de norma anti-abuso ha sido reconocido expresamente por el TJCE en la sentencia *Denkavit* con relación al artículo 3.2 de la Directiva, norma que concede a los Estados miembros la posibilidad de establecer en sus legislaciones internas un período mínimo de tenencia de la participación para beneficiarse de la Directiva Matriz-Filial. Así, el TJCE declaró que la finalidad del artículo 3.2 de la Directiva es: «en particular ... la de combatir contra los abusos resultantes de la adquisición de participaciones en el capital de sociedades con el único fin de beneficiarse de las ventajas fiscales previstas, y que no esté destinada a conservar las participaciones durante un tiempo»⁵².

Si la finalidad del artículo 3.2 de la Directiva es claramente combatir abusos, ¿qué ocurre si el incumplimiento del período de tenencia se realiza por una razón estrictamente empresarial que no pueda ser calificada como abusiva? Podemos citar dos ejemplos:

1. Entre el momento de percepción de dividendos por la matriz y durante el tiempo que falta para completar el período de un año de participación en el capital de la filial se vende esa participación a otra sociedad por motivos exclusivamente empresariales (una buena oferta, pongamos por caso).
2. En el mismo período de tiempo indicado en el ejemplo 1, la filial necesita fondos y se produce una ampliación de capital que reduce la participación de la matriz en la filial por debajo del umbral del 5 por 100 en relación al artículo 30 LIS o del 25 por 100 en el ámbito del artículo 46.1.f) LIS⁵³.

En ambos casos, se perderían los beneficios de la Directiva Matriz-Filial, a pesar de que desde el punto de vista mercantil y financiero las operaciones pueden estar perfectamente justificadas⁵⁴.

Si la finalidad del período mínimo de tenencia de la participación es prevenir situaciones de abuso, en nuestra opinión, no sería lógico denegar los beneficios de los artículos 30 y 46.1.f) LIS cuando el período de un año no se cumpla por existir razones económicas válidas que justifiquen la tenencia de la participación por un período de tiempo inferior al año. En consecuencia, ambos artículos debieran haber previsto una cláusula de escape a favor de operaciones empresariales⁵⁵.

⁵¹ S. COLMENAR VALDÉS, «Las deducciones por doble imposición: (I) doble imposición interna de beneficios», *Impuestos*, n.º 11/1996, p. 7, en p. 17.

⁵² Fj. 31 de la decisión del TJCE en la sentencia *Denkavit*.

⁵³ La disminución de la participación por aumento del capital es más sencillo que ocurra en el ámbito del artículo 46.1.f) LIS que en relación con el artículo 30 LIS puesto que mientras que el segundo admite las participaciones indirectas para el cómputo del 5 por 100 necesario, el segundo exige el 25 por 100 de participación directa, de tal forma que un aumento de capital en la filial española suscrito íntegramente por una filial residente en otro Estado en lugar de por la matriz no residente, quedando la participación de la matriz por debajo del 25 por 100, bastaría para perder el derecho a la exención que el artículo 46.1.f) LIS regula.

⁵⁴ WEBER, «The First Steps of the ECJ Concerning an Abuse-doctrine in the Field of Harmonized Direct Taxes», *EC Tax Review* 1997/1, pág. 26.

⁵⁵ *Vid.* WEBER, *op. cit.*, pág. 26.

¿Podemos, entonces, decir que en este punto los artículo 30 y 46.1.f) LIS son contrarios al artículo 3.2 de la Directiva Matriz-Filial? Del tenor literal del artículo de la Directiva que regula el período de participación -art. 3.2- no puede deducirse que los Estados miembros estén obligados a prever esa cláusula de escape. No obstante, de la finalidad del precepto -que el propio TJCE, según hemos visto, considera como una cláusula anti-abuso- cabría deducir que el período de participación no debiera producir el efecto de excluir de los beneficios de la Directiva Matriz-Filial operaciones de carácter estrictamente empresarial ⁵⁶.

Ciertamente, esta interpretación se ha visto confirmada recientemente por la sentencia *Leur-Bloem*, en la que el TJCE ha interpretado la cláusula anti-abuso de la Directiva Fusiones afirmando que el establecimiento de normas generales que priven automáticamente de una ventaja fiscal a determinadas operaciones, tanto si se ha producido efectivamente fraude o evasión fiscal como si no, sería contraria al objetivo perseguido por la Directiva Fusiones, que es facilitar las operaciones de reestructuración de las sociedades comunitarias. En la medida que la Directiva Matriz-Filial tiene un objetivo análogo (facilitar la cooperación entre sociedades de un mismo grupo), sería difícil que el TJCE no aplicara una interpretación semejante en el ámbito de las cláusulas anti-abuso de esta Directiva, y, en concreto, de la cláusula anti-abuso que permite a los Estados miembros el establecimiento de períodos de participación mínimos (art. 3.2).

En conclusión, para adecuarse completamente al espíritu de la Directiva Matriz-Filial, los artículos 30 y 46.1.f) LIS deberían permitir la aplicación de la deducción para la eliminación de la doble imposición y de la exención de retención en la fuente también cuando el período de un año no se cumpla como consecuencia de operaciones de carácter empresarial que no tienen como finalidad el fraude o la evasión fiscal. Desde un punto de vista teórico, la prueba de la no realización de actividades empresariales que permitan la aplicación de la cláusula anti-abuso del artículo 3.2 de la Directiva debería recaer sobre la Administración, aunque, en la práctica, somos conscientes de que la prueba del carácter empresarial de la operación recaerá sobre el contribuyente que invoque la inaplicación de la cláusula anti-abuso, siendo la decisión de la Administración tributaria susceptible de control jurisdiccional ⁵⁷.

V. ¿PRODUCE EFECTOS LA SENTENCIA *DENKAVIT* EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 30 BIS?

1. Estado de la cuestión.

Una cuestión adicional sería determinar si la sentencia *Denkavit* produce efectos en el ámbito del artículo 30 bis LIS, dado que existen dudas sobre la interrelación de este artículo con la Directiva Matriz-Filial. Esta deducción (en realidad, exención de carácter impropio para, entre otros, los divi-

⁵⁶ WEBER, *op. cit.*, págs. 25-26.

⁵⁷ El TJCE se ha pronunciado en sentido positivo sobre la necesidad de control jurisdiccional de la aplicación de cláusulas anti-abuso (caso *Leur-Bloem cit.*).

dendos de entrada en España) podría también considerarse como parte de la normativa nacional que de alguna forma transpone (a título universal) la Directiva 90/435/CEE. En apoyo de esta tesis podría argumentarse que la técnica de eliminación de la doble imposición intersocietaria prevista en el artículo 30 bis LIS (exención) alcanza los objetivos perseguidos por la Directiva incluso con mayor fidelidad que la recogida en el artículo 30 LIS (imputación)⁵⁸; la Exposición de Motivos de la Directiva 90/435/CEE menciona entre éstos eliminar las restricciones, desventajas o distorsiones particulares derivadas de las disposiciones fiscales de los Estados miembros a fin de que los grupos de sociedades europeas operen en condiciones análogas a las existentes en un mercado interior. Dicho preámbulo continúa señalando que entre los fines de esta normativa comunitaria está «el establecimiento de *'un régimen común'* que elimine de la penalización que sufren las distribuciones de beneficios entre sociedades situadas en Estados miembros distintos en relación con las que tienen lugar en el seno de un mismo Estado» (la cursiva es nuestra)⁵⁹.

La exención prevista en el artículo 30 bis LIS introduce un elevado grado de neutralidad fiscal entre los repartos de beneficios entre sociedades matrices y filiales residentes en Estados miembros diferentes y los que tienen lugar entre sociedades residentes de España⁶⁰. La propia Exposición

⁵⁸ Esta afirmación requiere ser cualificada. Con carácter general el método de exención es menos complicado de aplicar que el de imputación e introduce una mayor neutralidad porque los grupos de sociedades tienen que preocuparse únicamente de la fiscalidad en el país de residencia de la filial establecida en el extranjero: la filial competirá en el Estado donde esté establecida en igualdad de condiciones con las empresas de ese país (se produce neutralidad en la importación de capitales), sin que el grupo tenga que anticipar, como ocurre con el método de imputación, el coste fiscal que se produce en el Estado de la matriz. Además la inexistencia de impuesto en el país de residencia de la matriz permite al grupo tener una mayor disponibilidad de fondos, disminuyendo la necesidad de acudir a la financiación externa. No obstante, en determinadas situaciones la aplicación del método de exención no elimina totalmente la doble imposición. Imaginemos el supuesto de un grupo compuesto de tres sociedades, cada una de ellas establecida en un Estado miembro de la UE: la matriz (*M*), una filial de la matriz (*F1*) y una subfilial de la filial (*F2*). Si en el Estado donde se encuentra establecida *F1* se aplica el método de exención en relación a los dividendos que recibe de *F2*, pero el Estado donde se encuentra localizada *M* aplica el método de imputación sin conceder deducción alguna en relación al impuesto pagado por las filiales de segundo grado (*F2*), puede concurrir doble imposición residual. Las mismas consideraciones son aplicables cuando el Estado de residencia de la matriz aplica el método de exención y los Estados de residencia de los accionistas de la matriz aplican el método de imputación. También la aplicación del método de imputación puede originar que la doble imposición no se elimine totalmente en determinados supuestos. Y ello puede acontecer incluso con mayor frecuencia que cuando se aplica el método de exención (en su formulación clásica) en la medida en que la imputación requiere un mayor número de condicionantes para su aplicación; bastaría que el Estado de residencia no considerase análogo el impuesto extranjero que se trata de deducir para que no pudiera aplicarse el método. A su vez, cuando existen pérdidas nacionales y bases imponibles positivas extranjeras, el método de imputación resulta menos favorable que el de exención; mientras que este último tabica las bases imponibles nacionales de las foráneas, la técnica de la imputación opera de forma contraria de manera que tiene lugar la compensación entre las mismas a efectos impositivos. En el supuesto contrario, esto es, pérdidas foráneas y bases imponibles positivas nacionales el método de imputación resulta más ventajoso para el sujeto pasivo debido también a los efectos de la compensación; no obstante, en los últimos tiempos se viene admitiendo la compensación de bases imponibles negativas extranjeras con bases imponibles positivas nacionales aplicando el método de exención (con cláusula de recaptura), en aras de evitar problemas de tesorería en las empresas con actividad internacional (generalmente cuando media un establecimiento permanente en el extranjero). En definitiva, desde el punto de vista del sujeto pasivo las ventajas e inconvenientes derivadas de la aplicación de un método u otro dependen de un conjunto de factores entre los que destacan la presión fiscal en cada uno de los países, la existencia de pérdidas nacionales y foráneas, y, por supuesto, la propia configuración del método en los ordenamientos implicados (condiciones para su aplicación, la amplitud del límite en la imputación, etc.).

⁵⁹ Véanse los párrafos 1.º y 3.º de la Exposición de Motivos de la Directiva 90/435/CEE.

⁶⁰ El artículo 28 LIS recoge la misma técnica que el artículo 30 bis LIS para la eliminación de la doble imposición intersocietaria (interna).

de Motivos del Real Decreto-Ley 8/1996, de 8 de junio, contribuye a reforzar esta posición cuando se refiere a los objetivos perseguidos con la introducción de esta deducción (art. 30 bis LIS). El Preámbulo de la citada norma, a su vez, señala que las medidas establecidas en la misma derivan «de la necesidad de cumplir con las exigencias de la política económica comunitaria».

En este sentido, no se olvide que, como declaró el TJCE en la sentencia *Verbond der Nederlandse Ondernemingen*⁶¹, la competencia de transposición de Directivas dejada a los Estados (art. 189 TCE), «en lo referente a la forma y a los medios de las medidas que deberán adoptar las instancias nacionales, *está en función del resultado que el Consejo o la Comisión esperen alcanzar*».

Sin embargo, resulta más que dudoso que en el ánimo del legislador español estuviese llevar a cabo una «segunda transposición (universal)» de la Directiva Matriz-Filial a través del artículo 30 bis LIS, pese a que el ámbito de aplicación de este precepto se solape con la citada norma comunitaria. Atendiendo a los condicionantes que han sido establecidos para la aplicación de este régimen, y su falta de sintonía con la Directiva, parece que esta nueva deducción para la eliminación de la doble imposición intersocietaria fue concebida como un *régimen especial* dirigido a un determinado tipo de sociedades y con el que tratan de alcanzarse efectos distintos a los derivados del artículo 30 LIS⁶². Siguiendo este razonamiento la deducción prevista en este último precepto sería la que vendría a dar cumplimiento en España al régimen comunitario de sociedades matrices y filiales contenido en la Directiva 90/435/CEE.

Esta interpretación histórico-sistemática parece confirmarse a la luz de las modificaciones introducidas en este ámbito por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre. El apartado sexto del artículo 4 de esta ley enmienda el artículo 30 LIS en lo relativo al período de permanencia de la participación que una sociedad matriz española debe ostentar en el capital de una filial no residente para beneficiarse de la deducción por doble imposición intersocietaria establecida en el citado precepto de la LIS. En concreto, se ha previsto, como ya hemos comentado, que la participación del 5 por 100 debe «haberse poseído de manera interrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar el año». Es decir, se ha reformado la LIS para adecuarla a la interpretación que de la Directiva Matriz-Filial hizo el TJCE. Con motivo de esta reforma el legislador, de forma indirecta, ha identificado lo que considera transposición de la citada Directiva: ha extendido los efectos de la sentencia *Denkavit* al régimen del artículo 30 LIS omitiendo toda referencia al sistema establecido en el artículo 30 bis LIS⁶³.

⁶¹ STJCE de 1 de febrero de 1977, Asunto 51/76, Rec. p. I-127, f. 24.

⁶² Véase la Exposición de Motivos del RD-Ley 8/1996, de 7 de junio. Vid. J. R. RUIZ GARCÍA, «La deducción por dividendos extranjeros», *op. cit.* pág. 281.

⁶³ También el artículo 30 bis, apdo. 3 LIS ha sido modificado por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, pero no para adaptarlo a las exigencias derivadas de la sentencia *Denkavit*. La mencionada Ley da nueva redacción al artículo 30 bis, apdo. 3 LIS introduciendo la siguiente modificación: la anunciada, en la anterior redacción del artículo 30 bis, apdo. 3 LIS, lista de países que tienen un Impuesto sobre Sociedades comparable ya no verá la luz (como es sabido, una de las exigencias para aplicar el régimen derivado del art. 30 bis LIS es que la filial de una sociedad matriz española esté sujeta y no exenta a un impuesto de características comparables al español). Tras la modificación introducida por la Ley 66/1997, la exis-

En realidad, en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, el legislador español ha seguido aquellas posiciones doctrinales que señalaron que la incidencia de la sentencia *Denkavit* en el ordenamiento español estaba limitada a los artículos 30 y 46.1.f) ⁶⁴. Como veremos en el epígrafe más abajo desarrollado, ninguno de los argumentos en favor de la aplicación de la jurisprudencia *Denkavit* tan sólo en relación al artículo 30 LIS nos parece que tenga solidez suficiente como para refutar la conclusión de que la sentencia *Denkavit* también debiera desplazar sus efectos en el ámbito del artículo 30 bis LIS.

2. Aplicación de la sentencia *Denkavit* al artículo 30 bis LIS.

Ciertamente, una cosa es que todo apunte a que los artículos 46.1.f) y 30 LIS puedan identificarse como la transposición al ordenamiento español de la Directiva 90/435/CEE y otra que la eficacia de esta última norma -y de la interpretación que de la misma haga el TJCE- quede circunscrita a la citada transposición.

tencia de un impuesto de características comparables al español se presume, salvo prueba en contrario, cuando la filial resida en un país que tenga suscrito Convenio de Doble Imposición (CDI) con España. *A contrario* puede interpretarse, entonces, que cuando no exista CDI la prueba de la existencia de un impuesto de características comparables corresponde a quien pretende beneficiarse del artículo 30 bis LIS (*vid.* art. 114 LGT). No podemos sino criticar esta modificación que redunde en perjuicio de la seguridad jurídica del contribuyente. La elaboración por vía reglamentaria de una lista de países en los que se entiende que existe un impuesto de características análogas al español contribuía a evitar los conflictos entre Administración y contribuyente en relación al cumplimiento de este requisito; en este sentido ya se pronunció uno de los autores (A. MARTÍN JIMÉNEZ, «El régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros», *op. cit.* págs. 994-995). Ciertamente, la tarea de definir los países con impuesto comparable al español era difícil e implicaba un esfuerzo notable por parte de la Administración tributaria no sólo de elaboración de tal lista sino también de mantenimiento de la misma y de actualización, pero si las Administraciones tributarias de otros países han podido hacerlo con el fin de dar mayor seguridad jurídica a sus contribuyentes, ¿por qué no puede la Administración tributaria española? La reforma operada es, a su vez, susceptible de una crítica adicional. Los impuestos sobre la renta de las personas jurídicas que aparecen relacionados en los Convenios de Doble Imposición (CDIs) (art. 2) son, por efecto de esta cláusula convencional, impuestos comparables al Impuesto sobre Sociedades español. Y ello hasta el punto que incluso cuando uno de los citados impuestos fuera sustituido o modificado por otro con el mismo objeto y finalidad, o su legislación fuera modificada, seguirían conservando el citado carácter en el sistema tributario de los Estados contratantes. De esta forma, entendemos que la presunción *iuris tantum* establecida en el apartado 3 del artículo 30 bis LIS contraviene la regulación convencional española que, no lo olvidemos, goza de aplicación preferente sobre la legislación estrictamente interna (sobre este punto véanse la STS de 27 de septiembre de 1991 (Ar. 7778), la RDGT de 25 de febrero de 1992, así como los siguientes estudios: VOGEL, SHANNON, DOERNBERG, VAN RAAD, *US Income Tax treaties*, Kluwer, Boston, 1990, vol. 2, págs. 71-72; DALIMIER, *Conventions Internationales en matiere fiscale, Jurisclasseur de Droit International*, n.º 353, 1955, págs. 11 y ss.; CALDERÓN CARRERO, *La doble imposición internacional en los Convenios de doble imposición y en la UE*, *op. cit.* págs. 127 y ss.). Otro tanto cabría argumentar en relación con la lista de impuestos sobre la renta de las personas jurídicas recogida en la Directiva 90/435/CEE (art. 2.c). A nuestro juicio, los impuestos allí relacionados son, en todo caso, impuestos comparables al Impuesto sobre Sociedades español y, en ningún supuesto, podrían ser excluidos por este motivo de la deducción del artículo 30 bis LIS.

⁶⁴ En este sentido, *vid.*: A. BAENA AGUILAR, «Editorial», *RDFHP*, n.º 245/1997, pág. 690, y, del mismo autor, «Editorial», *RDFHP*, n.º 242/1996, pág. 903; M. LUCAS DURÁN, «Matrices y filiales: período mínimo de mantenimiento de la participación cualificada para poder disfrutar de las ventajas conferidas por la Directiva 90/435/CEE», *JT Aranzadi*, n.º 4, 1997, págs. 43 y ss.; E. SANZ GADEA, «La Ley 66/97, de 30 de diciembre y la Ley 65/97, de 30 de diciembre», *op. cit.* págs. 118-119. Por contra, los dos autores de este estudio, de forma separada, ya mantuvieron que las exigencias derivadas de la sentencia *Denkavit* se aplicaban también en el seno del artículo 30 bis LIS (*vid.* A. MARTÍN JIMÉNEZ, «Consideraciones sobre el régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros tras la aprobación del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades», *op. cit.*, pág. 717; J. M. CALDERÓN CARRERO, «Estudio de las nuevas medidas para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional», *op. cit.* págs. 15 y ss.).

En efecto, aunque se considere que el artículo 30 bis LIS no constituye en sentido estricto una transposición de la Directiva Matriz-Filial, no se debe olvidar que esta norma comunitaria impone una restricción al poder legislativo de los Estados miembros; la Directiva, además de su contenido, impone la obligación suplementaria de no legislar en el futuro en sentido contrario a lo establecido en la norma comunitaria⁶⁵. Cuando una ley posterior, como la Ley 43/1995, contraviene la Directiva las disposiciones de esta última que posean efecto directo son de aplicación preferente sobre la norma nacional posterior⁶⁶.

Es cierto que no todas las disposiciones de la Directiva tienen el mismo efecto restrictivo de la actividad legislativa de los Estados miembros. En efecto, los Estados gozan de discrecionalidad para la aplicación de la Directiva, pero, tal y como viene señalando el TJCE, este margen de discrecionalidad es limitado⁶⁷. En primer lugar, la discrecionalidad resulta limitada atendiendo al *resultado* que las instituciones comunitarias esperan alcanzar con la Directiva⁶⁸. En segundo lugar, la discrecionalidad de los Estados miembros está claramente limitada por las disposiciones de la Directiva que posean *efecto directo*. Las normas de la Directiva cuyo contenido tenga la «precisión» suficiente para sustentar una pretensión jurídica o un derecho que esté formulado de manera «incondicional» gozan del citado efecto y pueden ser invocadas por los particulares ante una transposición fuera de

⁶⁵ Recuérdese que en la sentencia *Simmenthal* el TJCE declaró que, por imperativo del principio de primacía del Derecho comunitario, la norma comunitaria de efecto directo «hace inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente»; y, respecto de la norma posterior e incompatible el efecto que se produce es que la vigencia de *la norma comunitaria* «impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que fueran incompatibles con las normas comunitarias» (STJCE de 9 de marzo de 1978, Asunto 106/77, Rec. p. 643-644). Véanse también los artículos 5 y 189 TCE, así como las siguientes obras: A. MANGAS MARTÍN, «La obligación de derogar o modificar el Derecho Interno incompatible con el Derecho Comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, vol.14, n.º 2/1987, págs. 311-313; L. MILLÁN MORO, *La Armonización de Legislaciones en la CEE*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 303-313; R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario*, Centro Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 565; D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El Juez Nacional como Juez Comunitario*, Civitas y Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1993, págs. 127 y ss; T. C. HARTLEY, *The Foundations of EEC Law*, Clarendon Law Series, Oxford, 1994, págs. 234 y ss.

⁶⁶ SSTJCE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, Asunto 41/74, Rec. p. I-1337; de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, Asunto 106/77, Rec. p. 629; de 6 de mayo de 1980, *Comisión/Bélgica*, Asunto 102/79, Rec. p. I-1473; de 19 de enero de 1982, *Becker*, Asunto 8/81, Rec. p. I-71; de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis*, Asunto 80/86, Rec. p. I-3969. El propio Tribunal Constitucional español en la Sentencia 28/91, de 14 de febrero, ha confirmado la jurisprudencia del TJCE en materia de eventual contradicción entre norma comunitaria y ley interna posterior señalando la facultad de los jueces o tribunales para inaplicar y las disposiciones legales contrarias al Derecho Comunitario. Nótese que también el Tribunal Supremo ha declarado recientemente la nulidad de varios preceptos del Reglamento del ITPAJD, fundamentando su decisión en la vulneración de una Directiva CEE y de la interpretación que de la misma hizo el TJCE (STS de 3-11-1997, *Actualidad J.Aranzadi*, n.º 321/1997, Ref. 321/2).

⁶⁷ STJCE de 2 de diciembre de 1980, *Cremonini y Vrancovich*, Asunto 815/79, Rec. p. I-3583. Sobre este tema, *vid.*: L. MILLÁN MORO, *La Armonización de Legislaciones en la CEE*, *op. cit.* págs. 283 y ss.

⁶⁸ SSTJCE de 1 de febrero de 1977, *Nederlandse Ondernemingen*, Asunto 51/76, Rec. p. I-127, f.j.24; de 23 de noviembre de 1977, *Enka*, Rec. p. 2212; de 28 de febrero de 1991, *Comisión/Alemania*, Asunto 57/89, Rec. p. I-883.

plazo o incorrecta de la Directiva por el Estado destinatario de la misma ⁶⁹. De esta forma, la discrecionalidad del Estado a la hora de transponer la Directiva también resulta limitada por las disposiciones de efecto directo de la misma ⁷⁰.

La Directiva 90/435/CEE dejó a los Estados miembros un cierto margen de discrecionalidad en algunos aspectos. Tal es el caso del artículo 4 de la Directiva, que recoge los métodos para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional que deben aplicar los Estados miembros. Este artículo deja a la discrecionalidad de los Estados miembros la elección entre el método de imputación, el método de exención o la aplicación de ambos conjuntamente, como sistemas de eliminación de la doble imposición intersocietaria sobre las remisiones de dividendos que las filiales comunitarias realizan a sus matrices situadas en otros Estados de la Comunidad Europea ⁷¹.

Ahora bien, la facultad que poseen los Estados miembros en relación con la elección del método de eliminación de la doble imposición económica que aplican a las sociedades matrices con filiales en otros Estados miembros no implica que exista una total discrecionalidad para definir las sociedades beneficiarias de la imputación o exención. La Directiva 90/435/CEE determina con claridad y precisión incondicional los requisitos que deben reunir las sociedades matrices de un Estado miembro para beneficiarse del régimen fiscal común aplicable a sociedades matrices y filiales residentes de Estados miembros diferentes.

En concreto, los artículos 2 y 3 de la Directiva 90/435/CEE detallan los requisitos que deben reunir las sociedades para poder beneficiarse del régimen de la Directiva. Dentro de esas disposiciones el artículo 3.2 de la Directiva contempla la posibilidad de que los Estados miembros condicionen la concesión de los beneficios de la Directiva (exención en el Estado de residencia de la filial

⁶⁹ SSTJCE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, Asunto 41/74, Rec. p. I-1337; de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, Asunto 106/77, Rec. p. I-629; de 6 de mayo de 1980, *Comisión/Bélgica*, Asunto 102/79, Rec. p. I-1473; de 19 de enero de 1982, *Becker*, Asunto 8/81, Rec. p. I-71; de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis*, Asunto 80/86, Rec. p. I-3969. Sobre esta cuestión, *vid*: L. MILLÁN MORO, *La Armonización de legislaciones en la CEE*, *op. cit.* págs. 293 y ss.; A. MANGAS MARTÍN y LIÑAN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, págs. 367 y ss., y págs. 396 y ss.

⁷⁰ SSTJCE de 14 de abril de 1968, *Gebünder Luck*, Asunto 34/67, Rec. p. I-370; de 7 de marzo de 1972, *Marimex*, Asunto 82/71, Rec. p. I-96; de 1 de febrero de 1977, *Nederlandse Ondernemingen*, Asunto 51/76, Rec. p. I-127, fj.24; de 23 de noviembre de 1977, *Enka*, Rec. p. 2212; de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis*, Asunto 80/86, Rec. p. I-3969. Sobre esta cuestión, *vid*: L. MILLÁN MORO, *La Armonización de legislaciones en la CEE*, *op. cit.* págs. 287 y ss.; A. MANGAS MARTÍN, «La obligación de derogar o modificar el Derecho Interno incompatible con el Derecho Comunitario», *op. cit.* págs. 314 y ss.

⁷¹ En un principio, pudiera pensarse que los Estados miembros deben elegir entre el método de imputación o el método de exención a la luz del artículo 4 de la Directiva Matriz-Filial. No obstante, la redacción de este artículo no impide la aplicación de ambos métodos en un Estado miembro. Ésta fue la interpretación de la Directiva que adoptó Dinamarca en un primer momento y es defendida por FARMER y LYAL, *EC Tax Law*, Clarendon Press: Oxford, pág. 261, en los siguientes términos: «there is nothing in Article 4 of the Directive to prevent a Member State which applies the exemption method from using the credit method in cases where exemption is not justified because the distribution is made out of income that has been subject to abnormally low levels of taxation in another Member State.» La misma opinión fue defendida por F. C. DE HOSSON, «The Parent-Subsidiary Directive», *Intertax* 1990/10, p. 414, en p. 432 y, en España, A. MARTÍN JIMÉNEZ, «Consideraciones sobre el Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros tras la aprobación del RIS», *op. cit.*, pág. 777, nota 53.

y eliminación de la doble imposición en el Estado de localización de la matriz) al hecho de que la matriz mantenga la participación por el plazo de un año. Como hemos visto, el TJCE interpretó en *Denkavit* con relación a la concesión de la exención en el país donde reside la filial que el plazo puede cumplirse también con posterioridad a la distribución de dividendos que la filial realiza. Sin embargo, esta interpretación se aplica también para los métodos de eliminación de la doble imposición que aplica el país de residencia de la matriz⁷². Si como hemos visto, en España, esos métodos son imputación o exención, parece claro que la sentencia *Denkavit* debiera desplegar sus efectos no sólo en el artículo 30 LIS sino en el ámbito del artículo 30 bis LIS, posibilitándose que, para que la matriz española se beneficie del método de exención que tal artículo recoge, el período de tenencia de la participación pueda cumplirse no con carácter previo al acuerdo de distribución de dividendos, sino también *a posteriori*, como ahora ocurre en el ámbito del artículo 30 LIS.

En este contexto, debemos refutar las razones dadas por un sector de la doctrina con la finalidad de justificar la aplicación de la jurisprudencia *Denkavit* tan sólo al artículo 30 LIS. Tres razones han sido alegadas en defensa de esta postura:

1. El método de imputación es el que tradicionalmente se ha adoptado en el sistema tributario español para la atenuación de la doble imposición internacional y fue el primero acogido por el legislador español para desarrollar la Directiva Matriz-Filial en nuestro ordenamiento.
2. El artículo 30 bis LIS exige una serie de requisitos adicionales no contemplados en la Directiva.
3. El artículo de la Directiva que regula los métodos para la eliminación de la doble imposición que debe aplicar el Estado de residencia de la matriz (art. 4) produce efecto directo bajo, al menos, el sistema de imputación, por tratarse del menos favorable de los recogidos en la Directiva (el art. 4 se refiere a los métodos de imputación y exención), de forma que *constituye un derecho mínimo* respecto de los contribuyentes⁷³.

⁷² Con anterioridad a la sentencia *Denkavit*, ya F. VANISTENDAEL, «The Implementation of the Parent-Subsidiary Directive in the EC - Comments on Some Unresolved Questions», *Tax Notes International*, September n.º 21, 1992, pág. 606, mantuvo que el período de tenencia mínima de la participación del artículo 3.2 de la Directiva también se aplica para la eliminación de la doble imposición intersocietaria en el país de residencia. La misma opinión ha sido expresada más recientemente, argumentando que la sentencia *Denkavit* despliega efectos en relación a las disposiciones de los Estados miembros que desarrollan el artículo 4 de la Directiva Matriz-Filial por D. BOUZORA, «The Parent-Subsidiary Directive: Denkavit's Lessons», *European Taxation*, vol. 37, January 1997, pág. 14; G. MAISTO, «The EC Court's Interpretation of the Parent-Subsidiary Directive under *Denkavit* Case», *Intertax*, vol. 25, n.º 5, 1997; D. SCHELPE, «The *Denkavit-Vitic-Vormeer* Case», *EC Tax Review* 1997/1, 17; y A. MARTÍN JIMÉNEZ, «Consideraciones sobre el régimen ...» *op. cit.*, pág. 717, y del mismo autor, «Jurisprudencia del TJCE», *REDF* n.º 96/1997, pág. 634. También la *Confederation Fiscale Européenne* se ha manifestado favorable a esta interpretación en su «Opinion Statement Concerning the Implications of the *Denkavit-Vitic-Vormeer* Judgements of the European Court of Justice», publicado en *European Taxation*, January 1998, pág. 40.

⁷³ Los tres argumentos fueron expuestos por M. LUCAS DURÁN, *cit.*, págs. 1.683-1.684. La cursiva referida a la expresión derechos mínimos ya se encontraba en el original. A. BAENA, *cit.*, parece estar de acuerdo con estos argumentos por cuanto expresamente se refiere al trabajo de LUCAS DURÁN.

En primer lugar, el hecho de que el sistema de imputación sea el tradicionalmente empleado por la legislación española no es relevante a estos efectos. Como hemos visto, la Directiva Matriz-Filial contiene su propia definición de sociedades matrices y las disposiciones (con efecto directo) de la Directiva 90/435/CEE -como son los arts. 2, 3 y 5 de la misma⁷⁴- limitan en sentido negativo la actividad del legislador español, y cuando una ley española (en nuestro caso posterior) las contraviene se está infringiendo el Derecho Comunitario, cuya virtualidad y efectos no dependen de las tradiciones seguidas en los Estados miembros⁷⁵. A su vez, la afirmación de que el método de imputación es el que se ha seguido tradicionalmente en España no resulta del todo exacta si se tiene en cuenta la legislación de principios de siglo⁷⁶ y los primeros CDIs suscritos por nuestro país⁷⁷.

En segundo lugar, que el artículo 30 bis LIS exija una serie de requisitos adicionales en relación con artículo 30 LIS no es un argumento para defender la no adaptación del artículo 30 bis LIS a la jurisprudencia *Denkavit*. El requisito de sujeción a un impuesto de características semejantes al español requerido por el artículo 30 bis LIS tiene por finalidad únicamente evitar que cuando la filial no residente en España esté sometida a una tributación anormalmente baja, los dividendos remitidos a la matriz queden exentos de tributación en el país donde reside la filial y también en el Estado de residencia de la matriz⁷⁸. En este sentido, el régimen del artículo 30 bis LIS se configura no como un régimen especial, sino como el régimen general de eliminación de la doble imposición para un

⁷⁴ La sentencia *Denkavit* ha confirmado la eficacia directa del artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE.

⁷⁵ No nos estamos refiriendo a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, que, como es sabido, sí son tenidas en cuenta por el TJCE, sino a las tradiciones legislativas en materia de regulaciones de carácter técnico.

⁷⁶ La legislación española de principios de siglo únicamente establecía algunos incipientes mecanismos para atenuar los efectos de la doble imposición internacional. En concreto, los artículos 2 y 3 de la Ley de 22 de septiembre de 1922, reguladora de la Contribución de Utilidades de la Riqueza Mobiliaria, establecían el método de exención parcial para los intereses de fuente extranjera y una exención sujeta a reciprocidad relativa a rentas del trabajo obtenidas en el extranjero. La regla 3.ª de la Tarifa II de Utilidades (Ley de 22 de septiembre de 1922), el RD de 13 de noviembre de 1930 y el Decreto de 29 de junio de 1933, recogieron el método de exención (parcial) en relación con los dividendos de fuente extranjera; la Ley de 19 de junio de 1936 también establecía el método de exención (condicional) en relación con el impuesto sobre los rendimientos de la propiedad industrial. Es el artículo 20 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre el impuesto complementario sobre la renta, el que establece por primera vez en nuestro sistema tributario el método de imputación ordinaria. A partir de esta fecha habrá alternancia sobre el carácter predominante de uno u otro método en nuestro ordenamiento. En la hora actual puede hablarse de una cierta predominancia de la imputación, aunque la exención tiene notable presencia como lo demuestra el propio artículo 30 bis LIS, el artículo 68.2 (UTES) LIS y el número de CDIs donde se sigue empleando el método de exención. *Vid.*: ACOSTA ESPAÑA, «Medidas unilaterales para evitar la doble imposición», en *Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero*, Madrid, 1959, págs. 374 y ss.

⁷⁷ El método de exención, tal y como viene recogido en el artículo 23 A MC OCDE, ha sido establecido en un buen número de CDIs suscritos por España, a saber: Convenios con Austria, con Bélgica, con Dinamarca, con Finlandia, con Alemania, con Luxemburgo y con los Países Bajos. Sobre la aplicación del método de exención «convencional» *vid.* J. M. CALDERÓN CARRERO, *La doble imposición internacional en los convenios de doble imposición y en la UE*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

⁷⁸ En realidad, LUCAS DURÁN ya era consciente de esta crítica, pues él mismo apuntó que «esta segunda razón no debe considerarse definitiva en cuanto pudiera argumentarse en su contra que algunos de los requisitos mencionados [los del artículo 30 bis LIS] podrían tener una justificación en la cláusula de lucha contra el fraude contenida en el artículo 1.2 de la Directiva y otros pudieran considerarse, si no formalmente, sí materialmente cumplidos» (LUCAS DURÁN, *op. cit.*, pág. 1.684).

buen número de sociedades (aquellos grupos que realizan actividades empresariales), quedando el artículo 30 LIS como régimen de ámbito más reducido, aplicable a los supuestos de tributación anormalmente baja en el Estado de residencia de la filial ⁷⁹.

En tercer lugar, razonar que el método de imputación, por ser menos favorable, atribuye derechos mínimos a los contribuyentes supone desconocer el auténtico sentido que el TJCE atribuye a la doctrina de los «derechos mínimos» aplicada a las Directivas. La doctrina de los derechos mínimos, en la que el TJCE funda parte de su decisión en la sentencia *Denkavit*, implica que aunque una disposición de una Directiva conceda un cierto ámbito de discrecionalidad en su aplicación a los Estados miembros, si de esa disposición se pueden determinar derechos mínimos, claros y no ambiguos, en favor de los particulares, tal disposición es susceptible de producir efecto directo, o, en otras palabras, de ser invocada por los particulares ante la Administración y órganos judiciales nacionales ⁸⁰. Tal doctrina llevaría a la conclusión de que, sea cual sea el método para la eliminación de la doble imposición elegido en las legislaciones nacionales dentro de los establecidos en el artículo 4 de

⁷⁹ Podría argumentarse que la cláusula de actividad empresarial establecida en el artículo 30 bis.3 LIS resulta contraria a la Directiva Matriz-Filial, por cuanto esta última no ha previsto expresamente este condicionante para la aplicación del régimen matriz filial. Esta conclusión, en nuestra opinión, es acertada si la aplicación de los beneficios de la Directiva en el país de residencia de la matriz (eliminación de la doble imposición intersocietaria o económica) se condiciona a que la filial realice una actividad empresarial en el Estado donde esté ubicada o a que la filial no esté sujeta a un impuesto anormalmente bajo (LIER, «Choice of Entity for Outbound Dividends: Host Country the Netherlands», *Tax Management International Forum*, vol. 19, n.º 1, March 1998, pág. 34, mantiene que el requisito exigido en la legislación holandesa en el sentido de que para beneficiarse de la Directiva la filial extranjera no debe beneficiarse de un «régimen fiscal especial» es contrario a la propia Directiva Matriz-Filial por no estar mencionado en esa norma). Ahora bien, si como ocurre en el caso de la legislación española el incumplimiento de los requisitos de actividad empresarial o tributación anormalmente baja de la filial no da lugar a la exclusión de los beneficios de la Directiva, sino a la aplicación de un método distinto de eliminación de la doble imposición (método de imputación) que también está previsto en la Directiva Matriz-Filial, no nos encontramos, en nuestra opinión, con un efecto contrario a la norma comunitaria. Sobre este particular MAISTO indica que la legislación de aquellos Estados miembros que tratan de condicionar la aplicación de la Directiva Matriz-Filial a que la filial se encuentre sujeta a un gravamen que no sea anormalmente bajo refiriéndose a la cláusula general anti-abuso del artículo 1.2 de la Directiva violan el principio de proporcionalidad si tienen como efecto excluir totalmente a la sociedad matriz de los beneficios de la Directiva. Esto no ocurriría en aquellos Estados miembros donde en estos casos no se produce la exclusión automática de la aplicación de la Directiva sino que se aplica el método de imputación cuando la filial está sometida a un régimen de tributación anormalmente bajo. *Vid.* MAISTO, *op. cit.*, pág. 187. No obstante, aun aplicándose el método de imputación en el Estado de residencia de la matriz, podrían producirse efectos de dudosa sintonía con la Directiva y, por tanto, susceptibles de ser contrarrestados mediante cláusulas anti-abuso (proporcionales a sus fines). En particular, ello puede suceder donde la deducción (imputación) por doble imposición intersocietaria internacional se computase empleando un límite global (overall limit), esto es, fuera calculada agrupando todos los dividendos extranjeros (exceptuando los cubiertos por los regímenes especiales, como los CDs). En estos casos, acontece que la fórmula de cómputo de la deducción permite que los impuestos extranjeros más elevados exaccionados en un país se compensen (*cross-crediting*), a los efectos de la deducción, con los más bajos exigidos en otro país, maximizándose así la cuantía a deducir en concepto de doble imposición intersocietaria internacional (*vid.* CALDERÓN CARRERO, «Estudio de las medidas para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional», *op. cit.* págs. 30-31).

⁸⁰ A la jurisprudencia sobre los «derechos mínimos» se refirió el TJCE en la sentencia *Denkavit*, para. 39. La doctrina de los «derechos mínimos» para mantener que una disposición de una directiva produce efecto directo es ya jurisprudencia reiterada del TJCE. *Vid.*, por ejemplo, SSTJCE de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, Asunto C-91/92, Rec. I-3347, para. 17; de 19 de noviembre de 1991, *Francovich et alt.*, Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. I-5357, para. 17-21; de 4 de diciembre de 1986, *FNV*, Asunto 71/95, Rec. I-3855, para. 20-23; de 19 de enero de 1982, *Becker*, Asunto 8/84 Rec. 53.

la Directiva Matriz-Filial (imputación, exención o ambos), si el legislador nacional decide hacer uso de la posibilidad concedida en el artículo 3.2 Directiva Matriz-Filial, esto es, establece un período de tenencia de la participación mínimo para beneficiarse de la eliminación de la doble imposición, la posibilidad abierta al legislador de elegir la opción del artículo 3.2 no precluye el derecho de la sociedad matriz a la eliminación de la doble imposición intersocietaria, mediante cualquiera de los métodos que recoge la Directiva adoptados por el legislador nacional en el ordenamiento interno. En otras palabras, si como en el supuesto español, el legislador nacional desarrolla la Directiva Matriz-Filial mediante la aplicación de dos métodos para la eliminación de la doble imposición, imputación y exención, y, además, establece, en ejercicio de la discrecionalidad que le reconoce el artículo 3.2 de la Directiva, la necesidad de cumplir un período mínimo de tenencia de la participación para beneficiarse de la eliminación de la doble imposición en relación con los métodos elegidos, el legislador debe aplicar la interpretación del artículo 3.2 que el TJCE ha realizado ⁸¹. Es decir, en cualquiera de los métodos que elija para la eliminación de la doble imposición la legislación nacional debe permitir el cumplimiento *a posteriori* del período de tenencia de la participación.

Lo anterior nos lleva indefectiblemente a concluir que, en nuestra opinión, la doctrina establecida en el caso *Denkavit* debe aplicarse en el ámbito del artículo 30 bis LIS. Ni que decir tiene que esta consideración se limita únicamente a las distribuciones de dividendos que este artículo regula, pero no es aplicable a los supuestos de transmisión de valores también contemplados en este artículo ⁸².

VI. EFECTOS EN EL TIEMPO DE LA SENTENCIA *DENKAVIT*

Otra de las cuestiones relevantes que suscita la sentencia *Denkavit* radica en dilucidar su eficacia jurídica en relación con los períodos impositivos anteriores a la misma. Es decir, la pregunta es si la jurisprudencia vertida en esta sentencia del TJCE puede aplicarse a los repartos de beneficios entre filiales y matrices comunitarias que tuvieron lugar en los años precedentes y que no pudieron beneficiarse del régimen de la Directiva Matriz-Filial, debido a que los Estados miembros exigían el mantenimiento de la participación en el capital de la filial con anterioridad al reparto de beneficios. La cuestión es importante puesto que las modificaciones que el legislador español realizó en el ámbito de los artículos 30 y 46.1.f) LIS sólo producen efectos a partir de 1 de enero de 1998.

⁸¹ De otra opinión es E. SANZ GADEA que mantiene que el Estado español ha cumplido con su obligación de transponer la Directiva Matriz-Filial a través del método previsto en el artículo 30 LIS; este autor considera que el artículo 30 bis LIS constituye un régimen especial ajeno al Derecho comunitario que, por tanto, no tiene que adecuarse a la Directiva ni a la interpretación que de la misma haya hecho el TJCE (E. SANZ GADEA, «La Ley 66/97, de 30 de diciembre y la Ley 65/97, de 30 de diciembre», *op. cit.* pág. 118).

⁸² Esta misma conclusión había sido alcanzada por R. FALCÓN Y TELLA, *Medidas Fiscales 1997*, Civitas, Madrid, 1997, y por los dos autores de este trabajo, de forma separada, A. MARTÍN JIMÉNEZ, «Consideraciones sobre ...», *op. cit.*, y J. M. CALDERÓN CARRERO, «Estudio de las nuevas medidas ...», *op. cit.* TERRAZA Y MUÑIZ, «Spain: New Holding Company Regime», *European Taxation*, vol. 37, pág. 147, consideraron que la sentencia *Denkavit* producía efectos en relación al régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros. No compartimos tal conclusión. El régimen de las ETVs tiene el carácter de régimen especial que precisa de una autorización administrativa, y queda, por tanto, fuera del ámbito de aplicación de la Directiva (art. 2.1.c) (*vid.* A. MARTÍN JIMÉNEZ, «Consideraciones...» *op. cit.*, págs. 717-718).

La respuesta a este interrogante debe hacerse sobre la base de la doctrina que el TJCE ha elaborado con relación a la eficacia retroactiva de sus sentencias y, en especial, sobre la devolución de ingresos tributarios indebidos por infracción del Derecho Comunitario.

También nos pronunciaremos sobre los efectos que cabe atribuir a la sentencia *Denkavit* en el tiempo que transcurre desde la fecha de esta sentencia hasta que el legislador español reacciona para incorporarla a nuestro ordenamiento con la Ley 66/1997.

1. Doctrina del TJCE sobre la retroactividad de sus sentencias y la devolución de ingresos tributarios indebidos por infracción del Derecho Comunitario.

1.1. La cuestión de la retroactividad de las sentencias del TJCE: límites.

El TJCE ha declarado, en reiterada jurisprudencia, la regla de la retroactividad de sus sentencias; la interpretación que lleva a cabo el TJCE de una norma comunitaria debe ser aplicada por el juez nacional a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, siempre y cuando se reúnan los requisitos para someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma.

No obstante, con carácter excepcional el TJCE puede limitar la eficacia retroactiva de sus sentencias, afectando con ello a la devolución de los ingresos tributarios indebidos por infracción del Derecho Comunitario. Esta limitación de la retroactividad ha sido empleada de forma extremadamente restrictiva por el TJCE. Así, por ejemplo, fue concedida «cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la norma comunitaria en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al balance de las disposiciones comunitarias, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos adoptados por otros Estados miembros o por la Comisión». Son, por tanto, consideraciones relativas a la seguridad jurídica, la buena fe y, en menor medida, los efectos recaudatorios de la decisión judicial las que pueden conducir a que el TJCE limite, con carácter excepcional, la retroactividad de una sentencia. Pero, no se olvide, tal restricción a la eficacia de sus pronunciamientos se adopta con carácter expreso y excepcional atendiendo a los criterios antes relacionados; a falta de una declaración expresa del TJCE, como acontece en la sentencia *Denkavit*, debe aplicarse la regla general, esto es, la eficacia de la decisión judicial a las relaciones jurídicas realizadas con anterioridad a la misma ⁸³.

⁸³ STJCE de 6 de junio de 1995, *Soupergaz*, Asunto 62/93, Rec. p. I-1883 y ss; de 13 de febrero de 1996, *Bautiaa/Directeur des services Fiscaux*, Asuntos Acumulados C-197/94 y C-252/94, Rec. I-505; de 7 de noviembre de 1996, *Société Cadi Surgelés*, Asunto C-126/94, Rec. I-5647.

En el caso *Denkavit*, lo cierto es que podrían encontrarse motivos para limitar los efectos de la misma; el propio TJCE reconoce la inexistencia de una violación suficientemente caracterizada del Derecho Comunitario, dado que la interpretación de la Directiva Matriz-Filial llevada a cabo por Alemania coincidía con la realizada por casi la totalidad de los Estados miembros (buena fe)⁸⁴. Sin embargo, esta apreciación del TJCE sólo tiene consecuencias en el ámbito de la indemnización reclamada por infracción del Derecho Comunitario; por el contrario, la retroactividad de la sentencia no resulta afectada por dichas consideraciones. Se aplica, por tanto, la regla general, que no es otra que la plena eficacia de la jurisprudencia *Denkavit* a los repartos de beneficios entre filiales y matrices comunitarias efectuados con anterioridad a esta sentencia.

1.2. Devolución de ingresos indebidos por infracción del Derecho Comunitario.

Partiendo de la eficacia retroactiva de la sentencia *Denkavit* procede analizar en qué medida afecta a relaciones jurídicas agotadas con anterioridad a la misma.

La eficacia retroactiva de una sentencia comunitaria implica el derecho de revisar «las relaciones jurídicas agotadas en el pasado» reclamando la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas en aplicación de una normativa nacional que ha sido declarada incompatible con el ordenamiento comunitario. «El derecho a la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas por un Estado miembro en infracción de las normas de Derecho Comunitario es la consecuencia y el complemento de los derechos conferidos a los justiciables por las disposiciones comunitarias tal como han sido interpretadas por este Tribunal»⁸⁵. La regla es, pues, que el Estado miembro está obligado a devolver los tributos recaudados con infracción del Derecho Comunitario⁸⁶.

⁸⁴ Fj. 51 de la sentencia *Denkavit*.

⁸⁵ SSTJCE de 2 de febrero de 1988, *Bruno Barra*, Asunto 309/85, Rec. p. I-355; de 13 de febrero de 1996, *Bautiaa/Directeur des services Fiscaux*, Asuntos Acumulados C-197/94 y C-252/94, Rec. I-505; de 7 de noviembre de 1996, *Société Cadi Surgelés*, Asunto C-126/94, Rec. I-5647; de 14 de enero de 1997, *Comateb*, Asuntos 192/95 a 218/95, Rec. p. I-180.

⁸⁶ No obstante, existe una excepción a este principio. En efecto, el Tribunal de Justicia ha declarado, en reiterada jurisprudencia, que la protección de los derechos garantizados en esta materia por el ordenamiento jurídico comunitario no impone la devolución de los tributos recaudados con infracción del Derecho comunitario cuando se haya demostrado que la persona obligada al pago de dichos tributos los repercutió efectivamente sobre otros sujetos. Por lo tanto, un Estado miembro sólo puede oponerse a devolver al obligado tributario un tributo recaudado con infracción del Derecho comunitario cuando se haya demostrado que el tributo ha sido soportado en su totalidad por una persona distinta del obligado tributario y que su devolución a este último le produciría un enriquecimiento sin causa. Pero aun en el caso de que se demuestre que el tributo ha sido repercutido total o parcialmente sobre otra persona (por ejemplo, el comprador de mercancías), la devolución al obligado tributario del importe así repercutido no implica necesariamente el enriquecimiento sin causa de este último; esta circunstancia fue explicitada en la sentencia *Just* (SSTJCE de 27 de febrero de 1980, *Just*, Asunto 168/79, Rec. p. I-501; de 27 de febrero de 1980, *Denkavit italiana*, Asunto 61/79, Rec. p. I-1205 y ss.; de 9 noviembre de 1983, *San Giorgio*, Asunto 199/83, Rec. p. 3595; y de 14 de enero de 1997, *Comateb*, Asuntos 192/95 a 218/95, Rec. p. I-180) donde se demostró cómo la repercusión, mediante inclusión del tributo indebido en el precio de un bien, conlleva un aumento del coste del producto y, en consecuencia, una disminución en las ventas y beneficios del operador. En estos casos, pese a la repercusión no puede afirmarse que el obligado tributario que recibe la devolución del tributo exigido con infracción del Derecho comunitario experimenta un enriquecimiento sin causa en el sentido indicado. Pero, en todo caso, la apreciación de estas circunstancias, en opinión del TJCE, deben hacerla los órganos jurisdiccionales nacionales del Estado miembro del que se trate, STJCE de 14 de enero de 1997,

Junto a esta regla material, el TJCE ha establecido algunas de carácter formal o procedimental.

La primera regla es el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, establecido en las sentencias *Rewe* y *Comett*⁸⁷, según el cual corresponde a éstos regular las modalidades de reclamación de cantidades indebidamente pagadas con la condición de que dichas modalidades:

1. no pueden ser menos favorables que las referentes a recursos semejantes de naturaleza interna,
2. ni pueden articularse de forma que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario⁸⁸.

En segundo término, el Tribunal puntualizó que una disposición legal que limita la devolución a aquellas personas que hayan ejercido una acción de reembolso antes de la fecha de una determinada sentencia, priva pura y simplemente a quienes no cumplan ese requisito del derecho a obtener la devolución de las cantidades indebidamente pagadas, haciendo imposible el ejercicio de los derechos conferidos por el Tratado de Roma o las Directivas comunitarias⁸⁹.

En un tercer momento, el TJCE señaló que el principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad prohíbe todo tipo de diferencias de trato, directas o indirectas, que los Estados miembros puedan establecer en el ámbito de la devolución de ingresos indebidos, con independencia de que éstos resulten de la infracción o no del Derecho Comunitario⁹⁰.

Comateb, Asuntos 192/95 a 218/95, Rec. p. I-180. Entendemos que deben ser las autoridades nacionales que invocan la repercusión del tributo para negar la devolución del mismo al obligado tributario las que deben probar que dicha circunstancia (y el consiguiente enriquecimiento injusto) concurre (art. 114 LGT). En la sentencia *Denkavit*, la cuestión de la repercusión no se suscita, dado que no estamos ante un tributo que grave el tráfico de mercancías sino los beneficios societarios y, por tanto, consideramos que esta excepción no puede invocarse aquí para denegar la devolución de los impuestos recaudados con infracción de la Directiva 90/435/CEE.

⁸⁷ SSTJCE de 16 de diciembre de 1976, *Rewe*, Asunto 33/76, Rec. p. 1989 y *Comet*, Asunto 45/76, Rec. p. 2043.

⁸⁸ SSTJCE de 27 de febrero de 1980, *Just*, Asunto 168/79, Rec. p. I-501; y de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio*, Asunto 199/83, Rec. p. 3595; de 14 de diciembre de 1995, *Peterbroeck*, Asunto 312/93, Rec. p. 4599; de 8 de febrero de 1996, *FMC*, Asunto 212/94, Rec. p. I-389, entre otras.

⁸⁹ STJCE de 9 de noviembre de 1983, *San Giorgio*, Asunto 199/83, Rec. p. 3595. Nótese que muy otro es el criterio adoptado por nuestro Tribunal Constitucional (por ejemplo, Sentencia de 20 de febrero de 1989) en materia de devolución de ingresos tributarios indebidos por nulidad de una norma declarada inconstitucional. *Vid.*: M. A. CAAMAÑO ANIDO, *Nuevos matices de la jurisprudencia comparada en materia de declaración de nulidad de una norma y devolución de ingresos indebidos*, Civitas, *REDF*, n.º 92, 1996, págs. 759 y ss.

⁹⁰ SSTJCE de 8 de mayo de 1990, *Biehl*, Asunto 175/88, Rec. p. I-1779; de 13 de julio de 1993, *Commerzbank*, Asunto 1330/91, Rec. p. I-4017; de 14 de febrero de 1995, *Roland Schumacker*, Asunto 279/93, Rec. p. I-225 y ss.; de 26 de octubre de 1995, *Comisión/Luxemburgo*, Asunto 151/94, Rec. p. I-1907.

Y, finalmente, el TJCE ha aclarado cuál es el plazo para impugnar una liquidación basada en un precepto declarado incompatible con el Derecho Comunitario. Sobre este particular es preciso que nos detengamos, pues existe una cierta confusión en la doctrina y la jurisprudencia, que ha sido recientemente aclarada por el propio TJCE ⁹¹. En la sentencia *Emmott*, el TJCE estableció el principio según el cual «hasta el momento de adaptación del Derecho interno a la Directiva [se trataba de una Directiva en materia de Seguridad Social], el Estado miembro que incumple su obligación no puede proponer la excepción de extemporaneidad de una acción judicial ejercitada en su contra por un particular, con el fin de proteger los derechos que le reconocen los preceptos de dicha Directiva, de manera que sólo a partir de ese momento podrá empezar a correr un plazo para recurrir previsto en el Derecho nacional» ⁹². De lo anterior la doctrina y la jurisprudencia de algunos Tribunales nacionales dedujeron que los Estados miembros tienen prácticamente una responsabilidad retroactiva casi ilimitada, pues las reclamaciones de ingresos indebidos por violación de Directivas comunitarias podía, en virtud de la jurisprudencia *Emmott*, retrotraerse a la entrada en vigor de la norma comunitaria violada, aunque esa entrada en vigor se hubiera producido veinte o treinta años atrás ⁹³. Lógicamente, esta consecuencia fue objeto de críticas ⁹⁴ y se encuentra en la base del cambio de jurisprudencia operado por el TJCE.

Así, todavía en el ámbito de las prestaciones de Seguridad Social, en las sentencias *Steenhorst-Neerings* ⁹⁵ y *Johnson* ⁹⁶, el TJCE declaró que la sentencia *Emmott* debía interpretarse a la luz de las circunstancias especiales del caso concreto planteado (el comportamiento abusivo o de mala fe de las autoridades irlandesas, fundamentalmente) y que la sentencia últimamente citada no afectaba a las reglas nacionales que limitan la retroactividad de las reclamaciones presentadas por vulneración del Derecho Comunitario. Esta jurisprudencia ha sido extendida al ámbito de la reclamación de tributos recaudados en violación de disposiciones de Derecho Comunitario con efecto directo, de forma explícita, en las sentencias *Haahr* ⁹⁷ (en relación con tributos recaudados en violación de una disposición del Tratado de Roma) y *Fantask* (sobre tributos recaudados en vulneración de las disposiciones de una Directiva). En esta última sentencia, el TJCE declaró, en relación con una reclamación de devolución de ingresos indebidos por vulneración de las disposiciones de una Directiva

⁹¹ *Vid.*, sobre la cuestión de los plazos para ejercer acciones en contra de un Estado miembro por violación del Derecho comunitario, el excelente trabajo de A. WARD, «Effective Sanctions in EC Law: A Moving Boundary in the Division of Competence», 1 *European Law Journal* (1995) 205-217.

⁹² Sentencia de 25 de julio de 1991, *Emmott*, Asunto C-208/90, Rec. p. I-4269, para. 23.

⁹³ *Vid.* Opinión del Abogado General Jacobs, para. 57 y ss., en la Sentencia del TJCE de 2 de diciembre de 1997, *Fantask*, Asunto C-188/95, Rec. I-6753.

⁹⁴ *Vid.*, por todas, Opinión del Abogado General Jacobs, para. 57 y ss., en la Sentencia del TJCE de 2 de diciembre de 1997, *Fantask*, Asunto C-188/95, Rec. I-6753.

⁹⁵ Sentencia de 27 de octubre de 1993, *Steenhorst-Neerings*, Asunto C-338/91, Rec. I-5475.

⁹⁶ Sentencia de 6 de diciembre de 1994, *Johnson*, Asunto C-410/92, Rec. p. I-5483.

⁹⁷ Sentencia de 17 de julio de 1997, *Haahr*, Asunto 90/94, Rec. I-4174. *Vid.*, igualmente, las sentencias del mismo día, *Texaco*, Asuntos acumulados 114 y 115/95, Rec. p. I-4287 y *GT-Link*, Asunto 242/95, Rec. p. I-4449.

que podía ser desestimada por la Administración tributaria danesa por haber transcurrido el plazo de prescripción de cinco años establecido en la legislación de aquel país, que se reconoce la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la fijación de *plazos razonables* de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica que protege tanto al contribuyente como a la Administración de que se trate. No puede considerarse, continuó el TJCE, que dichos plazos hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario, aun cuando, por definición el transcurso de dichos plazos implique la desestimación, total o parcial, de la acción entablada ⁹⁸.

La conclusión que cabe extraer de esta jurisprudencia es la siguiente: el principio general en materia de devolución de tributos recaudados con vulneración del Derecho Comunitario es la plena operatividad de los plazos de prescripción previstos en el Derecho interno de que se trate (siempre que se cumplan las otras condiciones definidas por el TJCE y expuestas más arriba), lo cual, viene a limitar en la práctica los efectos retroactivos de una sentencia del TJCE ⁹⁹.

2. Los efectos retroactivos y prospectivos de la sentencia *Denkavit* en el ordenamiento español.

Llegados a este punto, procede analizar los efectos retroactivos de la sentencia *Denkavit* en el sistema tributario español, poniendo de relieve los supuestos donde podría solicitarse la devolución de ingresos indebidos.

Tal y como hemos ido analizando en los puntos precedentes, no habría, en abstracto, ningún impedimento de carácter material o formal que impidiese o limitase las solicitudes de devolución de los impuestos recaudados con infracción de la Directiva 90/435/CEE (en el sentido declarado por el TJCE en el caso *Denkavit*): estamos ante una sentencia con plenos efectos retroactivos ¹⁰⁰; no resultan de aplicación las excepciones a la devolución de tributos indebidos; y, por todo ello, el Estado español no puede denegar ni obstaculizar tal derecho. El único límite que la Administración tribu-

⁹⁸ De forma implícita, este principio ya se aplicó en el ámbito tributario en la Sentencia de 6 de julio de 1995, *BP Soupergaz*, Asunto C-62/93, Rec. p. I-1883, que se refería a un plazo similar al controvertido en el Asunto *Emmott* (plazo de tres años para recurrir establecido en el Derecho griego). En *BP Soupergaz* el TJCE, aunque aludió a la sentencia *Emmott*, no sugirió que dicha sentencia impidiera invocar el plazo de tres años a falta de una adecuada adaptación del Derecho interno a la Directiva.

⁹⁹ Ahora bien, esta conclusión, como expresa el Abogado General Jacobs en su opinión en el asunto *Fantask*, para. 81 a 83, no implica que el particular cuya reclamación de devolución de ingresos indebidos sea desestimada por efecto de la prescripción no pueda ejercer una acción de responsabilidad contra el Estado que ha vulnerado el Derecho comunitario si se encuentra dentro de plazo, reclamando incluso el importe de los tributos soportados. La posibilidad de ejercer acciones por responsabilidad contra el Estado que recauda tributos en vulneración del Derecho comunitario fue expresamente reconocida por el TJCE en la Sentencia de 14 de enero de 1997, *Comateb*, Asuntos acumulados C-192/95 a C-218/95, Rec. p. I-165.

¹⁰⁰ En este sentido, también R. FALCÓN Y TELLA, *Medidas Fiscales para 1998*, Marcial Póns, Madrid, 1998, pág. 174.

taria española podría oponer es el transcurso del plazo de prescripción del artículo 64.d) LGT (cinco años desde la realización del ingreso, plazo que se verá reducido a cuatro años a partir de 1 de enero de 1999 como consecuencia de la modificación introducida por artículo 24 de la Ley 1/1998, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes).

En relación con los supuestos donde cabría solicitar la devolución, cabe distinguir dos situaciones, a saber: a) los repartos de beneficios efectuados por filiales españolas a matrices comunitarias («dividendos de salida») y, b) los repartos de beneficios de filiales comunitarias a matrices españolas («dividendos de entrada»). Se entiende que en ambos casos nos referimos a repartos de beneficios efectuados con anterioridad a la sentencia *Denkavit*, donde el régimen de la Directiva Matriz-Filial no pudo aplicarse debido a que la matriz no había mantenido la participación en la filial con anterioridad a la distribución de los beneficios.

Veamos ambos casos por separado.

Por lo que atañe a los repartos de beneficios de filiales españolas a matrices comunitarias donde no se aplicó la Directiva Matriz-Filial por el motivo indicado, entendemos que la matriz comunitaria (o la filial española en su nombre y representación) puede solicitar ante el Fisco español la devolución de la retención en la fuente soportada en España (ya al tipo general del 25%, ya al tipo reducido previsto en el convenio de doble imposición aplicable), siempre y cuando se verificase que con posterioridad al reparto se mantuvo de forma ininterrumpida la participación establecida por el Derecho español en la filial española ¹⁰¹.

En coherencia con lo que hemos venido manteniendo a lo largo de este trabajo, entendemos que la retención en la fuente sobre los dividendos distribuidos por la filial española a la matriz comunitaria deviene en estos casos indebida por efecto de la sentencia *Denkavit*, y, por tanto, procedería que la matriz incoase el procedimiento previsto en el Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, para obtener la devolución de la citada retención ¹⁰². Asimismo, pensamos que el inte-

¹⁰¹ Nótese que, como bien apunta M. LUCAS DURÁN («La sentencia *Denkavit* y sus repercusiones en el Derecho Tributario español», *QF*, n.º 22/97, pág. 58), habría que distinguir dos supuestos:

- a) que la distribución de beneficios se haya producido en los años 1992, 1993, 1994 ó 1995, en cuyo caso el tiempo de mantenimiento ininterrumpido de la participación directa tendría que haber sido de 2 años, y
- b) que el reparto de dividendos operara después de la entrada en vigor de la Ley 43/1995 (a partir de 1996), requiriéndose entonces tan sólo un período de mantenimiento de la participación directa o indirecta de 1 año.

¹⁰² La aplicación del Real Decreto 1163/1990 en el ámbito de las devoluciones de ingresos tributarios indebidos solicitadas por no residentes en territorio español no es pacífica, lo cual podría plantear algunos problemas para que este tipo de sujetos (comunitarios) pudieran invocar la jurisprudencia *Denkavit*. A estos efectos hay que distinguir dos supuestos, a saber, los no residentes amparados por un convenio de doble imposición, y aquellos no residentes que no se benefician de la cobertura de los citados convenios. En este último caso -no residentes sin convenio- se viene admitiendo sin cortapisas la aplicación del Real Decreto 1163/90 [RRDGT de 7-1-91 (*Fiscalidad de No Residentes*, Ciss, Bilbao, 1992, págs. 389-390), de 5-5-95 (*Circular MEH*, n.º 71, 1995, págs. 306-308); SAN de 19-11-1996 (*JT96*, Ar. 646)]. Mayor controversia se ha suscitado para extender la aplicación del Real Decreto 1163/1990 a los no residentes amparados por un CDI. Algunos tribunales españoles han negado esta vía procedimental argumentando la existencia de pro-

rés (legal o de demora) ¹⁰³ aplicado a las cantidades indebidamente ingresadas debe computarse desde la fecha de su ingreso en el Tesoro español, esto es, desde el momento en que fue hecha efectiva la retención en la fuente ¹⁰⁴.

cedimientos específicos previstos para esta categoría de sujetos. En concreto, el Decreto 363/1971, de 25 de febrero, se refería de forma expresa a este tipo de cuestiones, al igual que lo hacían algunas órdenes del MEH que desarrollaban en este punto algunos CDIs [Convenios con Alemania (OMEH de 10-11-1975), con Austria (OMEH de 26-4-1971), con Bélgica (OMEH de 27-2-1973), con Dinamarca (OMEH 4-12-1978), con los Países Bajos (OMEH 31-1-1975), con Suecia (OMEH 8-2-1980), con Suiza (OMEH 20-11-1980) y con el Reino Unido (OMEH 22-9-1977)]; estas órdenes se refieren a la devolución de los ingresos tributarios derivados de retenciones exaccionadas a tipos superiores a los límites establecidos en el convenio para *dividendos*, intereses y cánones. En este sentido, no puede perderse de vista que cuando fueron dictadas las citadas disposiciones específicas para los no residentes con CDI, no existía en el sistema tributario español un procedimiento de las características del previsto en el Real Decreto 1163/1990. Precisamente sobre la base de este argumento y atendiendo al carácter omnicompreensivo del Real Decreto 1163/1990, algunos Tribunales vienen admitiendo el empleo de este procedimiento para la devolución de ingresos indebidamente solicitados por no residentes amparados por un CDI (*vid.*: STSJ Cataluña de 1 marzo 1993 (JT93, Ar. 240), SAN de 6 abril 1993 (JT93, Ar. 382), STSJ Andalucía 1458/1992 (Ponente E. Eserverri; JT92, Ar. 540), STSJ Madrid 8 abril 1996 (JT96, Ar. 411), RDGT 3 agosto 1992 (*Circular MEH*, 2.º Semestre 1992, tomo II, págs. 167-168)). Esta línea jurisprudencial, a nuestro entender, viene confirmada por la reciente derogación del Decreto 363/1971 (*vid.* la disposición derogatoria única del RD 537/1997, de 24 de abril, RIS; véase también la OMEH de 23 de diciembre de 1997, por la que se desarrollan las nuevas normas sobre obligación real de contribuir). Por tanto, los únicos supuestos donde se plantearían problemas para aplicar el Real Decreto 1163/1990 a no residentes cubiertos por un CDI serían aquellos donde existe un desarrollo específico en materia de devolución de las retenciones en la fuente exaccionadas sobre dividendos pagados a matrices (comunitarias) por filiales españolas (*vid. supra*). No obstante, incluso en estos casos podría sostenerse la aplicación del Real Decreto 1163/1990, a la luz de los siguientes argumentos adicionales. Por un lado, debe tenerse en cuenta que la solicitud de devolución de la retención en la fuente que recayó en su día, en virtud del CDI aplicable, sobre los dividendos obtenidos por una matriz comunitaria de su filial española se fundamenta en la vulneración de la Directiva Matriz-Filial y no en la vulneración del convenio; en estos casos, la aplicación de la doctrina *Denkavit* en el marco de un CDI supone, por regla, renunciar al régimen del CDI al optar por otro régimen distinto. Por otro lado, puede argumentarse que no permitir la aplicación del Real Decreto 1163/1990 por los no residentes con CDI vulnera el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad previsto en los propios CDIs (art. 24) y en el ordenamiento comunitario (art. 6 TCE; STJCE de 13 de julio de 1993, *Commerzbank*, Asunto 330/91, Rec. p. I-4017). Si se examinan las condiciones formales y materiales establecidas en el Real Decreto 1163/1990 y las previstas en las órdenes de desarrollo de los CDIs, resultan evidentes las diferencias de trato fiscal entre residentes en España y no residentes con CDI (desarrollado) y, paradójicamente, también entre no residentes sin CDI y no residentes con CDI (desarrollado). Pese a todo, la regulación prevista en el RIS parece haber establecido un procedimiento o unas condiciones «especiales» de devolución de ingresos indebidamente solicitados para los no residentes amparados por un CDI (art. 67.2 RIS); a nuestro juicio, la compatibilidad de dichas condiciones con los CDIs y el Derecho comunitario resulta muy dudosa (*vid. supra*).

¹⁰³ Nótase que el artículo 10 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de derechos y garantías de los contribuyentes, ha establecido la aplicación del interés de demora en los supuestos de devolución de ingresos indebidamente solicitados (véase también la disp. final Ley 1/1998, de 26 de febrero, por la que se modifica en tal sentido el art. 155 LGT). Entendemos que la aplicación del interés legal o el de demora dependerá del momento en que se presenta la solicitud de devolución de ingresos indebidamente solicitados. Cuando la solicitud de devolución fundamentada en la aplicación de la sentencia *Denkavit* se presentara con anterioridad a la vigencia de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, el obligado tributario tendría derecho al interés legal; por contra, cuando dicha solicitud se presentara una vez que la citada ley hubiera entrado en vigor, consideramos que debe satisfacerse el interés de demora. A nuestro entender, esta conclusión es la que más se ajusta a la disposición transitoria única de la Ley 1/1998, cuando establece que «1. Los procedimientos tributarios ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente ley se regirán por la normativa anterior hasta su conclusión».

¹⁰⁴ Así lo establece el artículo 2.2.b) del Real Decreto 1163/1990, de 21 de septiembre, sobre devolución de ingresos tributarios indebidamente solicitados. Ni que decir tiene que tanto la devolución como el propio interés (legal o de demora) únicamente son exigibles cuando se cumple *a posteriori* el requisito de la tenencia ininterrumpida de la participación durante el período establecido por la legislación española (1 ó 2 años según los casos). Sobre este punto véanse también las matizaciones de M. LUCAS DURÁN («La sentencia *Denkavit* y sus repercusiones en el Derecho Tributario español», *op. cit.* pág. 59 y nota 11).

La citada solicitud de devolución de ingresos indebidos pudo presentarse desde el momento en que se hizo pública la sentencia *Denkavit*. Ahora bien, como antes comentamos, el plazo de 5 años (4 a partir de 1 de enero de 1999) para presentar la reclamación de la devolución de la retención en la fuente que recayó sobre los repartos de beneficios distribuidos por la filial española a la matriz comunitaria, computado desde el día en que se realizó el ingreso (art. 65 LGT) operará como límite a la retroactividad de la sentencia *Denkavit*. Es decir, ya no es válida la afirmación en el sentido de que, dado que fue la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, la que incluyó los citados cambios en el artículo 46.1.f) LIS, únicamente a partir de su entrada en vigor (1 enero 1998) podrá empezar a contarse el plazo de prescripción para la devolución de los ingresos realizados indebidamente por vulneración de la Directiva Matriz-Filial¹⁰⁵. La misma conclusión es trasladable al ámbito de los artículos 30 y 30 bis LIS¹⁰⁶.

En estos casos donde la matriz comunitaria solicita al Fisco español la devolución de la retención en la fuente soportada sobre los dividendos distribuidos por la filial española, se suscita la cuestión de los efectos de esta devolución en el Estado miembro de residencia de la matriz comunitaria. A nuestro juicio, una vez que la matriz obtuviera de forma efectiva la devolución de la retención en la fuente pagada en España, lo lógico sería que comunicara este hecho a la Administración tributaria de su Estado de residencia a los efectos de redeterminar su obligación de contribuir por el Impuesto sobre Sociedades. Dado que la matriz recibe la devolución del impuesto (el *withholding tax* español) que, en principio, fue objeto de deducción (o exención) de su cuota tributaria en aplicación de las medidas internas o bilaterales para la eliminación de la doble imposición internacional, lo coherente es que se redetermine esta deducción excluyendo de la misma el impuesto objeto de devolución; a la misma conclusión habría que llegar cuando se aplicara el «método de exención condicional» en el Estado de residencia de la matriz¹⁰⁷.

Como quiera que esto puede implicar un aumento de su obligación de contribuir para el citado período así como el pago de intereses de demora, lo habitual será que este hecho (la devolución del gravamen en la fuente) no sea comunicado por la matriz a la Administración tributaria de su país de residencia. No obstante, la matriz comunitaria beneficiaria de la devolución debería tener muy presente que esta circunstancia figura entre las susceptibles de «intercambio de información espon-

¹⁰⁵ Tal conclusión la mantuvo, por ejemplo, M. LUCAS DURÁN en un trabajo anterior a la sentencia *Fantask*, más arriba citada («La sentencia *Denkavit* y sus repercusiones en el Derecho Tributario español», *op. cit.*, pág. 58). Tras las sentencias *Steenhorst-Neerings* y *Johnson*, y, especialmente, tras la sentencia *Fantask*, más arriba citada, la conclusión de que el plazo de prescripción para reclamar la devolución de ingresos indebidos recaudados en violación del Derecho comunitario sólo comienza a correr tras la adaptación del Derecho interno a las Directivas comunitarias no resulta válida.

¹⁰⁶ Nos estamos refiriendo aquí al supuesto más habitual en el que la deuda se ingrese en virtud de una autoliquidación. Por supuesto, cuando el ingreso se produjo en virtud de una liquidación administrativa (v.g. una inspección) será de aplicación la disposición adicional segunda del Real Decreto 1163/1990, y la única vía que queda a la sociedad que realizó el «ingreso indebido» será instar la revisión del acto por entender que ha existido infracción manifiesta de la ley, en este caso, comunitaria.

¹⁰⁷ Por «exención condicional» se entiende el método de eliminación de la doble imposición internacional que supedita la exención de la renta (o patrimonio) obtenida en el extranjero a que sea objeto de tributación efectiva en la fuente por un impuesto comparable al exigido en la residencia.

táneo» entre las Administraciones tributarias de los Estados miembros ¹⁰⁸. Por tanto, en los casos donde rige el método de imputación en el Estado de residencia de la matriz, lo más recomendable es que ésta no solicite la devolución de la retención en la fuente; por el contrario, allí donde se aplicara el método de exención «incondicional» en la residencia, la devolución de la retención en la fuente no debería causar a la matriz ningún tipo de contingencia fiscal, dado que no resultaría necesaria la redeterminación del método para la eliminación de la doble imposición internacional.

Estas mismas consideraciones resultan, en línea de principio, aplicables a las matrices españolas que, por efecto de la sentencia *Denkavit*, reciben de una Administración tributaria de un Estado miembro la devolución de la retención en la fuente que fue girada en su día sobre las distribuciones de beneficios realizadas en su favor por filiales comunitarias. La matriz española que, en virtud del artículo 29 LIS (método de imputación) o del convenio de doble imposición (CDI) aplicable, dedujo de su cuota tributaria la retención en la fuente efectivamente exaccionada sobre los dividendos extranjeros debería comunicar a la Administración española que tal tributo ha sido devuelto, a los efectos de redeterminar su obligación de contribuir. Si la eliminación de la doble imposición internacional se hubiera llevado a cabo aplicando el método de exención (incondicional) previsto en un CDI suscrito por España con un Estado miembro de la UE, lo cierto es que no habría lugar a la redeterminación de su obligación de contribuir por el Impuesto sobre Sociedades; debe precisarse que esta última hipótesis no ha podido producirse en la práctica dado que ni la legislación interna, ni ningún CDI firmado por España y un Estado miembro de la UE establecen el citado método para eliminar la doble imposición internacional que recae sobre los dividendos. Todas estas consideraciones, no obstante, deben conectarse con lo expuesto a continuación.

Procede ahora analizar si la sentencia *Denkavit* puede tener algún efecto retroactivo en el marco de las medidas internas para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional, esto es, los artículos 30 y 30 bis LIS ¹⁰⁹. Cuando menos por hipótesis, pudo acontecer que una matriz española que recibió distribuciones de beneficios de una filial comunitaria no haya podido eliminar o mitigar la doble imposición intersocietaria internacional que recae sobre los mismos debido a que no poseyó en el capital de la filial una participación ininterrumpida durante el año (o los dos años) anteriores al día en que fuera exigible el beneficio que se distribuyese. Cuando la deduc-

¹⁰⁸ Véase el artículo 4 de la Directiva 77/799/CEE, de 19 de diciembre de 1977, de asistencia mutua e intercambio de información entre Estados miembros. Consúltese también el artículo 5 del Real Decreto 1326/1987, de 11 de septiembre, por el que se transpone al ordenamiento español la citada Directiva. Sobre los perfiles que presenta la aplicación de la citada Directiva, *vid.*: C. PALAO TABOADA en *International Mutual Exchange of Information*, Cahiers de Droit Fiscal International, IFA, Kluwer, Netherlands, 1990, págs. 295 y ss.; A. AGULLO AGÜERO, «Intercambio de información y derecho a la información», *Noticias CEE*, n.º 46, noviembre 1988, A. WISSELLINK, «International Exchange of Tax Information between European and other countries», *EC Tax Review*, n.º 2, 1997, págs. 108-116.

¹⁰⁹ Consideramos, que la matriz, en relación con los repartos que tuvieron lugar durante la vigencia del artículo 30 bis LIS, podría solicitar o la aplicación retroactiva de la deducción prevista por el artículo 30 (método de imputación), o bien, la recogida en el artículo 30 bis (método de «exención»). Y ello porque, como hemos venido manteniendo hasta aquí, entendemos que la sentencia *Denkavit* también se aplica en el ámbito del artículo 30 bis LIS. Nótese que el artículo 30 bis fue introducido por el Real Decreto-Ley 8/1996, de 7 de junio, en la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, LIS. Posteriormente, la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, corrigió algunos defectos técnicos previstos en la redacción inicial del precepto.

ción por doble imposición internacional no pudo aplicarse por esta única causa, entendemos que la matriz española podría solicitar a la Administración española la aplicación retroactiva de dicha deducción a través del procedimiento de devolución de ingresos tributarios indebidos (RD1163/1990) ¹¹⁰; ni que decir tiene que la matriz debe acreditar ante la Administración tributaria española que en aquel momento reunía todas las condiciones para beneficiarse de la deducción, así como que mantuvo *a posteriori* la participación en la filial comunitaria durante el período que establecía la ley española ¹¹¹. Además, la reclamación debe realizarse dentro del plazo de prescripción previsto para la devolución de ingresos indebidamente ingresados, por imperativo de la jurisprudencia *Fantask*.

En los supuestos en los que el Fisco español accediera a las pretensiones de la matriz permitiendo que ésta se beneficiase (con carácter retroactivo) de las medidas previstas en los artículos 30 y 30 bis LIS, se deberían considerar también las incompatibilidades que estos preceptos presentan con la aplicación de medidas [unilaterales (art. 29 LIS) y bilaterales (CDIs)] de eliminación de la doble imposición internacional.

En concreto, el apartado 8 del artículo 30 bis LIS establece claramente que esta deducción es incompatible con la establecida en los artículos 29 y 30 de la misma ley ¹¹². De esta forma, la matriz española que pretenda beneficiarse (retroactivamente) del artículo 30 bis debe renunciar a la aplicación de la deducción del artículo 29 LIS; de hecho, una matriz española que obtuvo del Fisco de un Estado miembro la devolución de la retención en la fuente sobre los dividendos no podría beneficiarse del artículo 29 LIS en la residencia y, por tanto, la única medida que podría aplicar para eliminar la doble imposición internacional en la residencia es la prevista en el artículo 30 bis LIS (deducción del 100% de la cuota tributaria española correspondiente a los dividendos extranjeros).

Menores ventajas obtendría la matriz española cuando optase por aplicar (retroactivamente) el régimen del artículo 30 LIS. Este precepto no es incompatible con la deducción del artículo 29 LIS, pero sí existen limitaciones cuando se trata de aplicar conjuntamente ambos preceptos; el aparta-

¹¹⁰ En relación con estos casos, consideramos que el interés (legal o de demora) aplicado a las cantidades indebidamente ingresadas debe computarse desde la fecha de su ingreso en el Tesoro español, esto es, a partir del momento en que se presentó la autoliquidación del Impuesto sobre Sociedades en que no pudo aplicarse la deducción por doble imposición intersocietaria internacional [art. 2.2.b) RD 1163/1990].

¹¹¹ Téngase, a su vez, en consideración que cuando se aplica la sentencia *Denkavit* en el marco de la deducción por doble imposición intersocietaria internacional, la garantía frente a los eventuales abusos del régimen matriz-filial vendría dada por la propia existencia de la matriz en su Estado de residencia. Cualquier tipo de abuso o incumplimiento de las condiciones del régimen matriz-filial (o de cualquier otro) es susceptible de control y corrección por la Administración tributaria del Estado de residencia de la matriz. En los supuestos de eficacia retroactiva de la sentencia *Denkavit* en el marco de los artículos 30 y 30 bis LIS, dicha conclusión es aplicable *a fortiori*; aquí únicamente se trataría de verificar que en su momento concurrían los requisitos para beneficiarse del régimen matriz-filial tal y como lo ha delimitado el TJCE.

¹¹² A nuestro entender, la comentada incompatibilidad habría que extenderla también a las medidas previstas en los CDIs para eliminar la doble imposición internacional. Piénsese que de otro modo el sujeto pasivo podría beneficiarse de una doble deducción o una doble exención, lo cual contraviene la finalidad de los citados convenios y de la norma interna española.

do 3.º del artículo 30 LIS establece que esta deducción juntamente con la establecida en el artículo anterior respecto a los dividendos o participaciones en beneficios, no podrá exceder de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por estas rentas si se hubieren obtenido en territorio español¹¹³. Junto a esta restricción debe considerarse que cuando la matriz española hubiera obtenido la devolución de la retención en la fuente recaída sobre los dividendos la citada entidad no podría beneficiarse de la deducción del artículo 29 LIS al no existir un impuesto efectivo sobre las rentas de origen foráneo.

Finalmente, cabría plantear la posible eficacia retroactiva de la sentencia *Denkavit* sobre aquellos repartos de beneficios entre matrices y filiales comunitarias que tributaron de conformidad con las normas previstas en los convenios de doble imposición (CDI). La pregunta sería, por tanto, si podría extenderse la doctrina *Denkavit* al ámbito de las medidas previstas en los convenios para eliminar la doble imposición internacional e intersocietaria que recae sobre los dividendos. A nuestro juicio, la respuesta debe ser negativa, aunque con matices.

Un correcto entendimiento de estos convenios pasa por considerarlos como un minisistema fiscal específico para las relaciones económicas internacionales bajo su ámbito de aplicación. Cualquier alteración de su clausulado tiene importantes consecuencias para cada uno de los Estados contratantes y para los sujetos amparados por los mismos; sería difícil que una modificación como la que supone la sentencia *Denkavit* no afectase a su coherencia interna, al alterar el pacto de distribución del poder tributario al que llegaron en su día las partes contratantes. Esta interpretación parece encontrar cierto soporte jurídico en la propia Directiva Matriz-Filial, por cuanto su artículo 7.2 establece que «la presente Directiva no afectará a la aplicación de las disposiciones nacionales o a las incluidas en convenios, cuyo objetivo sea suprimir o atenuar la doble imposición económica de los dividendos (...)»¹¹⁴.

Por tanto, a nuestro entender, lo que acontecería en los supuestos de repartos de beneficios entre sociedades comunitarias es que existen dos regímenes jurídico-tributarios sobre la misma materia, de manera que son los entes implicados en estas operaciones (en concreto, la matriz) los que deben optar por una u otra regulación a todos los efectos (tributación en la fuente y en la residencia

¹¹³ Entendemos que las limitaciones establecidas en el artículo 30.3 LIS también deberían aplicarse cuando se trata de combinar este precepto con la deducción por doble imposición internacional recogida en un CDI suscrito por España con un Estado miembro de la UE. Ciertamente, dicha combinación entre medidas unilaterales (art. 30 LIS) y bilaterales (CDIs) para eliminar la doble imposición internacional únicamente puede producirse cuando la matriz española no solicitó u obtuvo del Fisco extranjero la devolución de la retención en la fuente sobre los dividendos. De haberla obtenido, lo normal es que no pueda aplicarse medida alguna para eliminar una doble imposición internacional que ha dejado de concurrir.

¹¹⁴ De la misma opinión participan: MCGREGOR, «Implementation of the EC Parent/Subsidiary Directive in the various member states», *IBFD*, July 1992, págs. 340 y ss.; N. RABY, «National Implementation of the Parent/Subsidiary Directive: some problems and opportunities identified», *EC Tax Review*, n.º 4/1994, págs. 219 y ss.; F. DE HOSSON, «The Parent/Subsidiary Directive», *Intertax*, n.º 10/1990, págs. 414, 427, 434 y 435; J. M. CALDERÓN CARRERO, *La doble imposición internacional en los convenios de doble imposición y en la UE*, op. cit. págs. 220-239.

de los dividendos repartidos), sin que en línea de principio pudieran combinarse las disposiciones de uno y otro ¹¹⁵. Si inicialmente, la matriz hubiera optado por el régimen del CDI y luego, tras la sentencia *Denkavit* prefiriese la normativa interna de transposición de la Directiva Matriz-Filial -porque le resulta más ventajosa- consideramos que el cambio de régimen no presentaría más problemas que los expuestos en los párrafos precedentes. Lo que consideramos carente de toda lógica sería tratar de combinar el régimen de la Directiva Matriz-Filial (y la doctrina *Denkavit*) con lo previsto en los CDIs. Es decir, el mantenimiento *a posteriori* de la participación de la matriz en el capital social de la filial no goza de eficacia (ni prospectiva ni retroactiva) para la aplicación de las reglas de los CDIs sobre tributación en la fuente sobre dividendos (art. 10 MC OCDE), ni para la aplicación de las medidas que estos convenios recojan para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional ¹¹⁶.

Por último, debemos mencionar que la sentencia *Denkavit* no sólo produce efectos retroactivos, es decir, para las remisiones de dividendos efectuadas antes de la fecha de esta sentencia (17 de octubre de 1996), también tiene eficacia en relación con las remisiones de dividendos efectuadas en el período que media entre la fecha de la sentencia y la entrada en vigor de la Ley 66/1997, o, en otras palabras, la sentencia *Denkavit* es susceptible de producir efectos prospectivos ¹¹⁷. En estos

¹¹⁵ Nótese, no obstante, que cabría combinar el régimen de la Directiva Matriz-Filial y el de los CDIs allí donde estos últimos no recogieran medida alguna para la eliminación de la doble imposición económica internacional. Así, las reglas del CDI sobre tributación en la fuente de los dividendos y sobre eliminación de la doble imposición internacional podrían combinarse con el artículo 30 y el artículo 30 bis LIS, con las limitaciones que hemos expuesto en notas precedentes. La posibilidad de que sea el sujeto pasivo (la matriz) el que elija el régimen fiscal aplicable (la Directiva Matriz-Filial o el CDI) a los repartos de dividendos recibidos de una filial comunitaria puede fundamentarse en el citado artículo 7.2 de la Directiva Matriz-Filial. A su vez, cabe destacar que el propio TJCE ha confirmado esta interpretación analizando las relaciones que median entre determinados tratados bilaterales tributarios (de Seguridad Social) y el Reglamento Comunitario n.º 1048/1971, del Consejo [vid.: SSTJCE de 7 de febrero de 1991, *Rönfeldt*, Asunto 227/1989, Rec. p. I-323 y ss. (fj.25-29); y de 21 de septiembre de 1987, *Coenen/ONPTS*, Asunto 37/1986, Rec. p. I-3589].

¹¹⁶ Un primer grupo de CDIs firmados por España con países miembros de la UE en los que se establece la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional integraría los siguientes convenios: con Austria [art. 24.2.b), *ex* Protocolo de 24 de febrero de 1995], con Irlanda [art. 23.1.b)], con Portugal [art. 23.1.b)]. En todos ellos la aplicación del método de imputación ordinaria (*indirect foreign tax credit*) se supedita a que la matriz ostente una participación directa del 25 por 100 del capital social de la filial durante un período de dos años. Por su parte, los CDIs con Bélgica (art. 23.4) y con Suecia (art. 23.4) recogen una cláusula en virtud de la cual se elimina la doble imposición intersocietaria internacional asimilando la participación de la matriz en la filial extranjera a una participación en una filial residente de España (*assimilation to a holding in a domestic subsidiary*). Hay que resaltar que en el nuevo CDI con Bélgica, que aún no ha entrado en vigor, el artículo 23.1.b) concede una deducción para la eliminación de la doble imposición económica con las condiciones y límites previstos en la legislación interna española. En tercer lugar, el nuevo CDI con Francia, de 20 de junio de 1995, establece el método de imputación ordinaria para eliminar la doble imposición intersocietaria internacional cuando:

- a) la sociedad residente española detenta directamente el 10 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos; y
- b) dicha participación se haya mantenido ininterrumpidamente durante los dos años inmediatos anteriores al día en que los dividendos se paguen [art. 24.2.b) del CDI]. Vid. J. R. RUIZ GARCÍA, «La deducción por dividendos extranjeros», *op. cit.* págs. 272-273.

¹¹⁷ R. FALCÓN Y TELLA («Editorial», *Quincena Fiscal* n.º 1/1998, pág. 8, y *Medidas Fiscales Para 1998*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pág. 174) entiende que la nueva redacción de los artículos 30 y 46.1.f) LIS produce efectos retroactivos «al menos en lo que se refiere al ámbito de aplicación de dicha Directiva». No creemos que el legislador español haya

supuestos se abre igualmente la posibilidad de que la matriz no residente o la matriz española reclamen los ingresos indebidamente efectuados como consecuencia de la regulación contraria al Derecho Comunitario del período de tenencia de la participación en la legislación interna española en las mismas condiciones que hemos expuesto al desarrollar las consecuencias de los efectos retroactivos de la sentencia que comentamos. Como hemos indicado, en relación con el artículo 30 bis LIS esos efectos prospectivos se continuarán desplegando hasta que el legislador español adapte tal artículo al pronunciamiento del TJCE en la sentencia *Denkavit*. En cualquier caso habrá que tener en cuenta, como hemos indicado, que, por imperativo de la sentencia *Fantask*, la Administración española puede invocar los plazos de prescripción de la LGT (5 años en el momento de escribir el presente artículo, y 4 años a partir de 1 de enero de 1999) para desestimar las eventuales reclamaciones de devolución de ingresos indebidos (lo cual implica que se aplicarán los plazos de prescripción establecidos en la LGT también para las solicitudes de devolución de ingresos indebidos que se basen en el art. 30 bis LIS).

VII. CONCLUSIONES

No obstante el propósito de la Ley 66/1997 de adaptar los artículos 30 y 46.1.f) LIS a las exigencias derivadas del Derecho Comunitario, y en concreto, de la Directiva Matriz-Filial en relación con período de tenencia de la participación, tal objetivo se ha alcanzado de forma pobre. Es cierto que el legislador español ha reaccionado -siquiera, de forma tardía- a la sentencia *Denkavit*, pero el régimen que ha introducido plantea numerosos problemas que hemos tratado de poner de manifiesto. En primer lugar, no era preciso a los efectos del artículo 46.1.f) LIS exigir a la matriz el ingreso provisional de la deuda, permitiéndole la solicitud de devolución si cumple *a posteriori* el período de tenencia de la participación, pues la eventual deuda tributaria de la matriz ya se encuentra suficientemente garantizada por la responsabilidad del pagador (su filial española) por las deudas del no residente regulada en la propia LIS. En segundo lugar, la regulación del período de la participación en el artículo 30 LIS es ambigua, aunque en nuestra opinión, debe interpretarse en el sentido de que la matriz española podrá aplicarse la deducción de forma inmediata y sólo si *a posteriori* se verifica que ha incumplido el período de tenencia mínimo requerido por tal artículo deberá ingresar la cantidad deducida más los correspondientes intereses de demora.

pensado exactamente igual que el profesor FALCÓN, pues de la Ley 66/1997 es clara: sus disposiciones entran en vigor el 1 de enero de 1998. Compartimos con el profesor FALCÓN la idea de que una completa adaptación de los artículos mencionados a las exigencias derivadas de la sentencia *Denkavit* hubiera requerido dotar a las modificaciones introducidas por la Ley 66/1997 de efectos retroactivos. Estos efectos retroactivos no debieran limitarse a la fecha de la sentencia *Denkavit*, sino a la propia entrada en vigor de la Ley 43/1995 y a las disposiciones anteriores que regulaban esta materia desde 1 de enero de 1992, fecha de entrada en vigor del régimen de la Directiva. Otra cuestión será que las eventuales reclamaciones de ingresos indebidos puedan reputarse prescritas por el transcurso del plazo de 5 años previsto en el artículo 64.d) de la LGT desde el día en que se realizó el ingreso (4 años a partir de 1 de enero de 1999, como dispone el art. 24 en conjunción con la disposición final séptima de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, *BOE* de 27 de febrero).

En tercer lugar, en el marco de la Directiva Matriz-Filial el período de tenencia de la participación es claramente una norma que pretende evitar operaciones de carácter fraudulento, y en ningún caso operaciones de carácter empresarial. El legislador español no ha considerado esta circunstancia y no ha previsto una cláusula de escape para aquellos supuestos en los que el período de tenencia de la participación no se cumple por motivos estrictamente empresariales, vulnerando una vez más la Directiva Matriz-Filial.

En cuarto lugar, hemos demostrado que el legislador español debiera haber introducido modificaciones en relación al período de tenencia de la participación también en el ámbito del artículo 30 bis LIS, pues este artículo es una norma que desarrolla la Directiva Matriz-Filial (aunque, como hemos mencionado, la voluntad del legislador no era ésta) y, en consecuencia, debe cumplir con las exigencias derivadas de la norma comunitaria.

Por último, la sentencia *Denkavit* abre la posibilidad de que tanto las matrices españolas como las matrices comunitarias soliciten la devolución de ingresos indebidos como consecuencia de los impuestos pagados en España en contravención del Derecho Comunitario, siempre y cuando no se hubiera producido la prescripción por transcurso del plazo del artículo 64.d) LGT, computada, como establece el artículo 65 LGT, desde el momento en que se realizó el ingreso. Y ello a pesar de que el legislador español ha pretendido dar efectos a la sentencia *Denkavit* en nuestro ordenamiento únicamente desde 1 de enero de 1998.

Ante este panorama, no podemos sino concluir que es necesaria una nueva modificación de los artículos 30, 30 bis y 46.1.f) LIS que adapte estas normas plenamente a la Directiva Matriz-Filial y a la jurisprudencia vertida por el TJCE en la sentencia *Denkavit*. La ausencia de tal modificación determinará, probablemente, que la legislación española en relación al período de tenencia de la participación en el marco de los artículos citados se vea sometida a examen ante el TJCE, y, como hemos tratado de argumentar, las probabilidades de superar la prueba con éxito son escasas.