



La tributación de las rentas del capital a tenor de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Eduardo Sanz Gadea

Inspector de Hacienda del Estado (jubilado)

Extracto

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han sido generosamente estudiadas por la doctrina científica, tanto nacional como extranjera. La presente colaboración no pretende realizar una aportación a ese acervo doctrinal, lejos de las posibilidades de su autor sino, más bien, proporcionar una visión panorámica y puramente descriptiva de las referidas a las rentas del capital, así como esbozar la incidencia que han tenido en las sentencias de los tribunales españoles y en las modificaciones legislativas.

La colaboración consta de tres partes. En la primera, se procura una visión sintética de las sentencias del TJUE relativas a dividendos, intereses y plusvalías mobiliarias. En la segunda, se espigan las sentencias más relevantes de los tribunales españoles relacionadas con las sentencias del TJUE en materia de rentas del capital y se entresacan sus párrafos más relevantes, al tiempo que se da cuenta de las modificaciones normativas que estas han provocado. En la tercera, se desgranán las conclusiones y se desliza una reflexión final respecto del papel del TJUE en la configuración de los sistemas fiscales, en materia de rentas del capital.

La finalidad perseguida ha exigido realizar notables simplificaciones. Así, han quedado al margen los aspectos relacionados con la transparencia fiscal internacional, las fusiones, la consolidación y los establecimientos permanentes.

Palabras clave: restricción; justificación; dividendos; intereses; plusvalías.

Fecha de entrada: 19-09-2020 / Fecha de aceptación: 26-10-2020

Cómo citar: Sanz Gadea, E. (2020). La tributación de las rentas del capital a tenor de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, E1-E150.





Taxation of capital income in accordance with the ECJ case-law

Eduardo Sanz Gadea

Abstract

The case-law of the European Court of Justice (ECJ) has been extensively studied by several national and foreign researchers. This paper is not intended to make a contribution to this doctrinal *acquis* but to provide a panoramic and purely descriptive view of the decisions referred to capital income, as well as noting their impact on the jurisprudence of the Spanish courts and in the legislative amendments.

This paper is divided into three parts. First, a synthetic view of the ECJ rulings regarding dividends, interest and capital gains is pursued. Then, the most relevant judgments of the Spanish courts related to the ECJ rulings on capital income are analyzed and their most relevant paragraphs are extracted. This part also lists the regulatory changes that these rulings have caused. Finally, the conclusions are enumerated, and a final reflection is made regarding the role of the ECJ in the configuration of tax systems in this field.

The purpose pursued by this work has required significant simplifications. Thus, aspects related to controlled foreign company rules, mergers, consolidation and permanent establishments have been left out.

Keywords: restriction; justification; dividends; interests; capital gains.

Citation: Sanz Gadea, E. (2020). La tributación de las rentas del capital a tenor de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 453, E1-E150.





Sumario

Introducción

Parte primera. Las sentencias del TJUE en materia de rentas del capital

1. Características básicas de las sentencias del TJUE

- 1.1. Elementos componentes
- 1.2. Selección de la libertad aplicable
- 1.3. Restricción o discriminación
- 1.4. El análisis de comparabilidad
- 1.5. Las causas de justificación
- 1.6. Las connotaciones fiscales de la libertad de movimiento de capitales
- 1.7. Clasificación de las sentencias relativas a las rentas del capital

2. Tributación de los dividendos

2.1. Tributación de los residentes (dividendos externos entrantes)

2.1.1. Disparidad radical

- 2.1.1.1. Perceptores personas jurídicas
- 2.1.1.2. Perceptores personas físicas

2.1.2. Disparidad relativa

- 2.1.2.1. Perceptores personas jurídicas
- 2.1.2.2. Perceptores personas físicas

2.1.3. Presión fiscal efectiva mayor sobre los dividendos externos

2.2. Tributación de los no residentes (dividendos internos salientes)

2.2.1. Retención a no residentes frente a residentes exentos

2.2.2. Retención a no residentes frente a residentes no exentos

2.2.3. Crédito fiscal para los accionistas residentes, pero no para los no residentes

2.2.4. Neutralización de la restricción mediante un convenio bilateral para eliminar la doble imposición

2.2.5. Diversidad de convenios bilaterales para eliminar la doble imposición

2.3. El caso particular de los fondos de pensiones y de las instituciones de inversión colectiva

2.3.1. Fondos de pensiones

- 2.3.1.1. El fondo de pensiones
- 2.3.1.2. Los partícipes

2.3.2. Instituciones de inversión colectiva

- 2.3.2.1. La institución de inversión colectiva
- 2.3.2.2. Los partícipes

- 2.4. Dividendos afectos a la Directiva matriz-filial
 - 2.4.1. Requisitos de acogimiento
 - 2.4.1.1. Tiempo de tenencia de la participación
 - 2.4.1.2. Forma jurídica
 - 2.4.1.3. Sujeción a la imposición sobre los beneficios
 - 2.4.1.4. Usufructo
 - 2.4.2. Concepto de retención
 - 2.4.3. Método de eliminación de la doble imposición
 - 2.4.4. Norma antiabuso
 - 3. Tributación de los intereses
 - 3.1. Tributación de los residentes
 - 3.1.1. Intereses relacionados con instrumentos de patrimonio
 - 3.1.2. Intereses afectados por normas antiabuso
 - 3.1.3. Intereses relacionados con exenciones
 - 3.2. Tributación de los no residentes
 - 3.3. Intereses afectados por la Directiva 2003/49, de intereses y cánones
 - 4. Tributación de las plusvalías mobiliarias
 - 4.1. Tributación de los residentes
 - 4.2. Tributación de los no residentes
 - 5. Tributación patrimonial
- Parte segunda. La incidencia de las sentencias del TJUE
- 1. Impuesto sobre la renta de las personas físicas
 - 1.1. Eliminación de la doble imposición de dividendos
 - 1.2. Régimen de las ganancias patrimoniales
 - 1.3. Aportaciones a fondos de pensiones
 - 2. Impuesto sobre sociedades
 - 2.1. Eliminación de la doble imposición económica
 - 2.1.1. De dividendos
 - 2.1.2. De plusvalías de cartera
 - 2.2. Deducción de gastos financieros
 - 2.2.1. El nuevo enfoque de la subcapitalización
 - 2.2.2. El conflicto de los gastos financieros
 - 2.2.3. La adecuación al ordenamiento comunitario del régimen de la vigente deducción de los gastos financieros
 - 2.3. Aportaciones no dinerarias especiales
 - 3. Impuesto sobre la renta de no residentes
 - 3.1. Retención sobre dividendos internos salientes
 - 3.1.1. Retención a fondos de pensiones
 - 3.1.2. Retención a instituciones de inversión colectiva

- 3.1.3. Retención a entidades aseguradoras
- 3.1.4. Retención a fundaciones
- 3.1.5. Retención sobre dividendos de participaciones significativas
- 3.2. Plusvalías de cartera
- 3.3. Tipo de gravamen de las rentas del capital
- 3.4. Determinación de la base imponible
- 3.5. Exención de intereses intracomunitarios
- 4. Directiva matriz-filial
 - 4.1. Requisitos de acogimiento
 - 4.1.1. Porcentaje de participación
 - 4.1.2. Tiempo de tenencia de la participación
 - 4.1.3. Sujeción a la imposición sobre los beneficios
 - 4.1.4. Usufructo
 - 4.2. Norma antiabuso
 - 4.3. Relación con la reserva de capitalización
 - 4.4. Asimetría de rentas afectadas
- 5. Relación con el sistema de tributación internacional sobre las rentas del capital
 - 5.1. Imposición sobre dividendos pagados a no residentes
 - 5.2. Imposición sobre intereses pagados a no residentes
 - 5.3. Imposición sobre plusvalías mobiliarias
 - 5.4. Base imponible de la imposición sobre no residentes
 - 5.5. Aplicación de métodos para eliminar la doble imposición
 - 5.6. Cláusulas de exclusión del convenio
 - 5.7. Cláusula de nación más favorecida

Parte tercera. Conclusiones y reflexiones finales

1. Conclusiones

- 1.1. Conclusiones generales
- 1.2. Conclusiones particulares

2. Reflexiones finales

- 2.1. La versión fiscal del trilema de Rodrik
- 2.2. El perfil de las sentencias del TJUE en materia de tributación sobre las rentas del capital
- 2.3. La denominada armonización negativa

Referencias bibliográficas

Nota: Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación «Fiscalidad Empresarial (GI-19/1)» de la UDIMA, Universidad a Distancia de Madrid (Plan Nacional I+D+i) (número de identificador A-81618894-GI-19/1), del que es IP María del Carmen Cámara Barroso. El autor agradece su ayuda.



Este desequilibrio entre el alcance nacional de los gobiernos y la naturaleza global de los mercados constituye el talón de Aquiles de la globalización. Un sistema económico global sano necesita un delicado compromiso entre estos dos ámbitos. Si se da demasiado poder a los gobiernos, se obtiene proteccionismo y autarquía. Si se da demasiada libertad a los mercados, se obtiene una economía mundial inestable con escaso apoyo social y político de aquellos a quienes se pretende ayudar...

Dani Rodrik

La paradoja de la Globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial.

Bosch, 2011, p. 18.

Introducción

Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) han sido generosamente estudiadas por la doctrina científica, tanto nacional como extranjera. El presente estudio no pretende realizar una aportación a ese acervo doctrinal, lejos de las posibilidades de su autor sino, más bien, proporcionar una visión panorámica y puramente descriptiva de las referidas a las rentas del capital, así como esbozar la incidencia que han tenido en las sentencias de los tribunales españoles y en las modificaciones legislativas. La finalidad perseguida ha exigido realizar notables simplificaciones.

El artículo consta de tres partes. En la primera, se procura una visión sintética de las sentencias del TJUE relativas a dividendos, intereses y plusvalías mobiliarias, si bien no serán objeto de consideración las relacionadas con los regímenes de transparencia fiscal internacional, de operaciones de reestructuración empresarial, de consolidación fiscal y, en fin, con establecimientos permanentes, por cuanto es más apropiado insertar su exposición en el contexto de un estudio que verse sobre dichos regímenes.

En la segunda, se espigan las sentencias más relevantes de los tribunales españoles relacionadas con las sentencias del TJUE en materia de rentas del capital y se entresacan sus párrafos más relevantes, al tiempo que se da cuenta de las modificaciones normativas que aquellas han provocado. Se pone así de relieve la relación dinámica entre el TJUE y los



tribunales españoles los cuales, aun cuando remisos a plantear la cuestión prejudicial han sido extraordinariamente sensibles a las sentencias de aquel. También lo ha sido el legislador fiscal, por más que sus decisiones puedan, en algunos casos y ciertos aspectos, estar sujetas a una revisión crítica.

En la tercera, se desgranar las conclusiones y se desliza una reflexión final respecto del papel del TJUE en la configuración de los sistemas fiscales, en materia de rentas del capital.

Queda, por tanto, al margen de este trabajo, el análisis de las normas comunitarias relativas a la imposición de dividendos, intereses y cánones, las cuales únicamente serán consideradas en relación con las sentencias del TJUE que les hubiere afectado.

Parte primera. Las sentencias del TJUE en materia de rentas del capital

1. Características básicas de las sentencias del TJUE

Una exposición sintética, como la que se pretende, de las sentencias del TJUE en materia de fiscalidad sobre las rentas del capital, es útil que vaya precedida de un breve resumen sobre el esquema al que, con bastante regularidad, se sujetan las mismas.

En el campo de la imposición directa, en el cual se inscribe la tributación sobre las rentas del capital, ese esquema es distinto según que versen sobre la relación entre las normas fiscales nacionales concernidas y las libertades comunitarias o el principio de no discriminación, o sobre la interpretación de alguna norma comunitaria.

1.1. Elementos componentes

En el primer caso, las sentencias se ajustan al siguiente esquema:

- Descripción de las normas nacionales concernidas.
- Determinación de la libertad aplicable.
- Constatación, en su caso, de un tratamiento fiscal distinto y más gravoso o menos ventajoso para la situación transfronteriza respecto de la interna. En tal caso, se apreciará la existencia de una restricción respecto de la libertad aplicable.
- Análisis de comparabilidad, al objeto de determinar si dichas situaciones son comparables, ya que, si no lo fueran, la restricción quedaría superada o, más bien, no existiría.

- Examen de las causas de justificación alegadas, ya que el régimen fiscal restrictivo quedaría justificado en cuanto fuere adecuado respecto de la finalidad amparada por la causa de justificación y proporcionado, esto es, que no fuere más restrictivo de lo estrictamente necesario.
- En ciertos casos, consideración del impacto sanador de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, en la medida en que pudiere compensar la desventaja constitutiva de la restricción. Algunas sentencias del TJUE han indicado los requisitos que deben concurrir al efecto. Por el contrario, el TJUE ha negado toda validez al efecto sanador derivado de una norma puramente interna de la otra jurisdicción fiscal.

En el segundo caso, el TJUE proporcionará la interpretación pertinente, atendiendo, esencialmente, al objetivo comunitario que la norma en cuestión pretende alcanzar o, lo que es lo mismo, desvelando la interpretación más acorde con el espíritu y finalidad de la norma.

1.2. Selección de la libertad aplicable

En materia de rentas del capital operan, principalmente, las libertades de movimiento de capitales y de establecimiento. La selección de una u otra depende del objeto y finalidad de la normativa nacional concernida. Si esta normativa se aplica a situaciones en las que subyace una relación de influencia, generalmente por parte del perceptor de la renta respecto de su pagador, será pertinente la libertad de establecimiento. De no ser así lo será la de libertad de movimiento de capitales. Esa relación de influencia habrá de apreciarse a la vista de los hechos en presencia. Tal vez el más destacado, pero no el único, sea el porcentaje de participación sobre el capital social. Si no media esa relación de influencia, se aplicará la libertad de movimiento de capitales, en el bien entendido que en uno y otro caso ha de tratarse de una situación transfronteriza.

La selección de la libertad aplicable es importante, pues la libertad de movimiento de capitales cubre situaciones que afectan a Estados terceros, en tanto que la de establecimiento solo lo hace sobre las que afectan a Estados miembros (Malherbe, Malherbe, Richelle y Traversa, abril 2011, pp. 19 y ss.).

Aun anticipando temas que serán tratados más adelante, las solicitudes devolución de las retenciones practicadas por el impuesto sobre la renta de no residentes (IRNR), respecto de los dividendos internos salientes, formuladas por los fondos de inversión norteamericanos, tienen como trasfondo la selección de la libertad de movimiento de capitales efectuada por el TJUE en el enjuiciamiento de los casos inherentes a esta materia.

Generalmente, el TJUE no ha resuelto aplicando dos o más libertades, sino que lo ha hecho en razón a la que ha entendido preponderante (Zornoza Pérez, 2014), de manera

tal que, apreciada una restricción en virtud de la libertad seleccionada, huelga examinar la cuestión a la luz de otra, y lo mismo cabe decir si la restricción no es apreciada.

1.3. Restricción o discriminación

En términos generales puede afirmarse que un régimen fiscal será restrictivo cuando impida o dificulte el ejercicio de una libertad, en tanto que será discriminatorio cuando dé un trato más gravoso o menos ventajoso a una situación transfronteriza respecto de la interna.

En la inmensa mayoría de las sentencias relativas a las rentas del capital, la apreciación de la restricción ha descansado en un enjuiciamiento propio de la determinación de la existencia de una discriminación, ampliamente delimitada, seguramente porque las libertades están íntimamente relacionadas con el principio de no discriminación, ya que en las mismas cabe distinguir dos dimensiones, a saber, libertad de circulación a través de las fronteras nacionales y prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad (Malherbe, Malherbe, Richelle y Traversa, abril 2011, p. 20), englobando esta última la residencia fiscal.

Sin embargo, el TJUE se ha preocupado de desvelar el efecto de impedimento u obstáculo respecto de la libertad concernida, enlazando así la discriminación con la restricción. Así, tratándose de la libertad de movimiento de capitales, el efecto consistirá en disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de un Estado miembro a hacerlo en otros Estados y, tratándose de la libertad de establecimiento, en disuadir, en los mismos términos, de ejercer actividades mediante sucursales o filiales en un Estado miembro.

1.4. El análisis de comparabilidad

El tratamiento fiscal distinto y más gravoso o menos ventajoso para la situación transfronteriza respecto de la interna exige, en primer lugar, concretar los elementos característicos de las mismas y, en segundo lugar, precisar las normas aplicables a una y otra, así como sus respectivos efectos.

En el ámbito de las rentas del capital, el régimen fiscal distinto ha venido derivando, básicamente, que, por motivos bien fundados en la técnica tributaria, los distintos sistemas fiscales distinguen entre contribuyentes residentes y no residentes y entre flujos financieros internos y transfronterizos. El tratamiento fiscal más gravoso o menos ventajoso para los no residentes respecto de los residentes o de los flujos financieros transfronterizos respecto de los puramente internos es considerado como determinante de una restricción a la libertad seleccionada, cuando la situación de residentes y no residentes o la de flujos financieros internos y transfronterizos sea comparable.

Los Gobiernos concernidos han venido sistemáticamente defendiendo la regularidad de los regímenes fiscales afectados en relación con el Derecho de la Unión Europea (UE), sobre la base de que las situaciones interna y transfronteriza no eran comparables.

El TJUE realiza el análisis de comparabilidad tomando en consideración el objeto y finalidad del régimen fiscal cuya aplicación pretende el interesado. Así, las dos situaciones, interna y transfronteriza, serán comparables si las dos son igualmente merecedoras del mismo, atendiendo, justamente, a su objeto y finalidad.

El análisis de comparabilidad ha sido, como se verá, el caballo de batalla de las sentencias del TJUE (Barreiro Carril, 2012, pp. 278 y ss.).

1.5. Las causas de justificación

Aun siendo las situaciones interna y transfronteriza comparables, la restricción quedará subsanada si concurre alguna causa de justificación. En el ámbito de las rentas del capital las causas más examinadas, aunque escasamente apreciadas (Palao Taboada, 2009), han sido la coherencia del sistema fiscal, el reparto de los ingresos fiscales y el principio de territorialidad, la lucha contra el fraude y la evasión fiscal y, en fin, la necesidad de practicar controles fiscales, todas ellas acuñadas por el propio TJUE.

La coherencia del sistema fiscal nació en *Bachman* (Sentencia de 28 de enero de 1992, asunto C-204/90 –NFJ066700–). El TJUE entendió pertinente la no deducción de la prima pagada por previsión social a una entidad no residente, siendo así que en una situación interna se admitía la deducción, considerando que por las circunstancias concurrentes no se podría, llegado el caso, gravar el importe de los capitales correspondientes, de manera tal que era coherente negar una ventaja cuando la posterior y correlativa compensación no podría hacerse efectiva.

Una interpretación amplia de esta causa de justificación hubiera proporcionado un escudo protector a bastantes regímenes fiscales. Sin embargo, el TJUE pronto recortó su alcance, pues estableció que solo operaba en relación con un régimen fiscal que establecía una ventaja y una compensación referidas al mismo contribuyente y al mismo impuesto, de manera tal que cuando la ventaja y la compensación se producían en contribuyentes diferentes o en el mismo contribuyente, pero en impuestos distintos, la causa de justificación no operaba, acuñando así la denominada doctrina del vínculo directo (*Verkooijen*, Sentencia de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98 –NFJ009096–), la cual se relajó en ciertas sentencias posteriores mediante la técnica de apreciar el carácter directo del vínculo entre ventaja y compensación tomando en consideración el objetivo del régimen fiscal concernido (*Manninen* [Sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02 –NFJ018806–], *Papillon* (Sentencia de 27 de noviembre de 2008, asunto C-418/07 –NFJ030334–) y *Argenta* (Sentencia de 4 de julio de 2013, asunto C-350/11 –NFJ051164–)).

El reparto equilibrado de los ingresos fiscales, causa alegada por el Reino Unido, fue acuñada en *Marks & Spencer* (Sentencia de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03 –NFJ021162–). Se trataba de justificar la no compensación de las pérdidas de las filiales no residentes en sede de la matriz, siendo así que las pérdidas de las filiales residentes sí se compensaban. El Reino Unido afirmó que las pérdidas y los beneficios (exentos cuando percibidos por la matriz) eran las dos caras de la misma moneda que habrían de tratarse de modo simétrico a los efectos de salvaguardar el equilibrio en el reparto de los ingresos fiscales entre los Estados miembros interesados, lo que implicaba que a esas pérdidas y beneficios debía aplicarse exclusivamente la legislación fiscal del Estado miembro donde residía la filial. El TJUE se limitó a recoger la alegación del Reino Unido, sin desarrollar una argumentación de carácter general.

Ciertamente, los Estados pactan una distribución o reparto de los ingresos fiscales por medio de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición. Por tanto, esta causa de justificación tal vez hubiera podido arropar a todas las normas fiscales que fueren congruentes con la referida distribución. Sin embargo, el TJUE no ha dado ese paso. Así, no se ha referido a los principios que se derivan de los convenios bilaterales sino que, sistemáticamente, ha indicado que la causa de justificación juega cuando el régimen fiscal concernido tenga por objeto evitar comportamientos que puedan comprometer el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio (*Emerging Markets*, Sentencia de 10 de abril de 2014, asunto C-190/12 –NFJ054063–). En este sentido, como el propio TJUE ha reconocido, esta causa de justificación está estrechamente vinculada, cuando no solapada, con la relativa a la lucha contra el fraude y la evasión fiscales.

La lucha contra el fraude y la evasión fiscales es la causa de justificación de mayor alcance, debiendo ponerse de relieve que no solo ha sido alegada en relación con normas antiabuso de aplicación exclusiva a situaciones transfronterizas sino también respecto de regímenes fiscales de distinto alcance y objetivos. El TJUE ha venido apreciando esa causa de justificación cuando el régimen fiscal examinado era apropiado para oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional (*Cadbury*, Sentencia de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04 –NFJ023535–). El TJUE no ha llegado a construir una noción de montaje puramente artificial, pero ha venido rechazando esta causa de justificación respecto de aquellos regímenes fiscales que pueden afectar tanto a situaciones artificiales como reales (*Lankhorst*, Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00 –NFJ013286–) o que implican una presunción irrefutable de artificiosidad (*Eqion*, Sentencia de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16 –NFJ067536–).

La necesidad de practicar controles fiscales pivota sobre la imposibilidad de aplicar a una situación transfronteriza el mismo régimen fiscal que a otra comparable interna, en cuanto no sea posible comprobar la concurrencia de los requisitos que habilitan su disfrute (por ejemplo, el pago de un impuesto idéntico o análogo en el extranjero).

El TJUE no ha sido proclive a admitir esta causa de justificación tratándose de situaciones intracomunitarias, ya que la asistencia mutua e intercambio de información (Directiva 77/799/CEE o Directiva 2011/16/UE, según el tiempo de los hechos) cubriría tal necesidad. Pero tampoco lo ha sido, tratándose de situaciones internacionales extracomunitarias, cuando media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información, pues estos instrumentos jurídicos igualmente la cubrirían. Adicionalmente, el TJUE ha entendido incorrecto negar de plano la aplicación de un régimen fiscal, esto es, sin conceder al interesado la práctica de la prueba respecto de los requisitos pertinentes.

Se notará que, entre las causas de justificación, no se halla que el régimen fiscal afectado sea congruente con los estándares del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), como así se puso de manifiesto inicialmente en *Avoir Fiscal* (Sentencia de 28 de enero de 1986, asunto C-270/83 –NFJ072214–) (García Prats, 2016) y más tarde, entre otras, en *Saint-Gobaine* (Sentencia de 21 de septiembre de 1999, asunto C-307/97 –NFJ008298–).

Si concurre una causa de justificación, la libertad concernida o el principio de no discriminación no se opondrán al régimen fiscal más gravoso o menos ventajoso para la situación transfronteriza respecto de la puramente interna, a condición de que sea adecuado y proporcionado al efecto de alcanzar el objetivo de la causa de justificación. En ciertos casos, el TJUE ha ligado la proporcionalidad al principio de libre competencia.

Si no concurre una causa de justificación, o es inadecuada o desproporcionada, la situación transfronteriza deberá acceder al régimen fiscal propio de la situación interna comparable, lo que obligará a las administraciones fiscales nacionales a inaplicar las normas afectadas y a aplicar las pertinentes. Cuestión distinta, que excede el objetivo de la presente colaboración, es si las administraciones fiscales, sin mediar una sentencia del TJUE, han de ejercitar el denominado poder-deber de inaplicar las normas fiscales restrictivas¹.

¹ La sentencia Costanzo (de 22 de junio de 1989, asunto C-103/88 –NFJ079336–) entendió que, en el contexto de la aplicación de las normas internas que transpusieron una directiva concerniente a la contratación administrativa, los órganos administrativos sí estaban concernidos por tal facultad y deber.

En alguna sentencia de los tribunales españoles se ha deslizado que la facultad y obligación de inaplicar también corresponde a los órganos administrativos (Audiencia Nacional –AN–, de 31 de marzo de 2010), pero el Consejo de Estado ha entendido lo contrario (Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del ordenamiento comunitario en el derecho español [2008]).

No obstante, con posterioridad al informe del Consejo de Estado, el TJUE ha venido aludiendo a la existencia de ese poder-deber en sede administrativa, si bien no como el asunto central de su decisión sino en el contexto de la misma, y sobre el trasfondo del incumplimiento inherente a una directiva no transpuesta o indebidamente transpuesta (*Rosado* [Sentencia de 8 de septiembre de 2011, asunto C-177/10 –NSJ040688–]; *Amia* [Sentencia de 24 de mayo de 2012, asunto C-97/11 –NFJ047023–]; *Gavieiro* [Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asuntos acumulados C-444/09 y C-456/09 –NSJ037405–]) si bien,

1.6. Las connotaciones fiscales de la libertad de movimiento de capitales

En las sentencias relativas a la libertad de movimiento de capitales, las autoridades fiscales han esgrimido el artículo 65.1 a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (antiguo art. 58 TCE), a cuyo tenor, la prohibición de las restricciones a la libertad de movimiento de capitales prevista en el artículo 63 del TFUE (antiguo art. 56 TCE), se aplicará «sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital», pero como quiera que el apartado 3 del artículo 65 del TFUE establece que esas disposiciones fiscales «no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitrario ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos tal y como la define el artículo 63», el TJUE, aun reconociendo que la posición de los contribuyentes residentes y no residentes es diferente, ha venido reiterando que la libertad de movimiento de capitales se opone a toda norma fiscal discriminatoria o restrictiva a menos que medie una causa de justificación, sin que sea bastante causa de justificación el diferente lugar de la residencia, cuando la situación del residente y del no residente sean comparables. Por tanto, los criterios utilizados para apreciar la existencia de una discriminación han sido cruciales.

Siendo la competencia en materia de imposición sobre la renta de los Estados miembros, excepción hecha de las directivas que puntualmente la han limitado, ni el artículo 65.1 a) del TFUE les confiere un margen de actuación ni el artículo 65.3 del TFUE les impone una obligación que no tuvieran, de manera tal que el artículo 65 del TFUE no ha incidido apreciablemente en la técnica de análisis desplegada por el TJUE.

1.7. Clasificación de las sentencias relativas a las rentas del capital

Si se toma como referencia la página que la UE dedica a las sentencias del TJUE bajo la referencia «CJUE Cases In The Area Of, Or Of Particular Interest For, Direct Taxation», de las cerca de 500 sentencias referidas al amplio campo de la imposición sobre la renta y el patrimonio, más de una quinta parte versan específica y directamente sobre las rentas del capital, esto es, dividendos, intereses y plusvalías, y varias otras lo hacen de manera indi-

precisamente en una cuestión de carácter fiscal, el pronunciamiento se proyectó respecto del derecho primario (*The Trustees of the BT Pension Échème* 628-15).

La Sentencia 145/2012, del Tribunal Constitucional, de 2 de julio (NCJ057249), ha abundado sobre la existencia del deber-poder de inaplicación administrativo, aunque a modo de *obiter dicta* del asunto principal.

recta o en asociación con otros regímenes fiscales. La mayoría está dedicada a responder a cuestiones prejudiciales del artículo 267 del TFUE, otras resuelven recursos de incumplimiento interpuestos por la Comisión y, en fin, otras versan sobre la interpretación de normas contenidas en directivas o reglamentos.

Un análisis fructífero de las sentencias debe ir dirigido a extraer los criterios básicos que el TJUE ha venido desplegando a lo largo de las mismas. Para dar cumplimiento a ese objetivo es útil efectuar una labor previa de clasificación. La que se ofrece, tal y como se desprende del índice de materias, atiende a la naturaleza de la renta, el sentido de la relación jurídica, y la concurrencia de una norma comunitaria en materia de imposición sobre las rentas del capital.

2. Tributación de los dividendos

Es esta la materia que ha acumulado el mayor número de sentencias. Estas sentencias han contemplado la tributación de los dividendos de fuente extranjera percibidos por personas residentes (dividendos externos entrantes) y la de los dividendos de fuente interna pagados a no residentes (dividendos internos salientes).

2.1. Tributación de los residentes (dividendos externos entrantes)

El TJUE ha abordado, básicamente, dos situaciones, a saber, aquella en la que los dividendos internos están asistidos de un método para eliminar o atenuar la doble imposición económica en tanto que los dividendos externos entrantes se gravan plenamente, y aquella otra en la que los dividendos disfrutan de métodos distintos para eliminar o atenuar la doble imposición económica, según que sean internos o externos, configurándose así las situaciones de disparidad radical y relativa.

Aparte de esas dos materias principales, la tributación de los dividendos externos ha dado pie al análisis de la pertinencia de garantizar la misma presión fiscal con independencia del lugar de la inversión de los capitales.

2.1.1. Disparidad radical

La disparidad radical ha sido examinada, básicamente, en *Verkooijen* (Sentencia de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98 –NFJ009096–), *Lenz* (Sentencia de 15 de julio de 2004, asunto C-315/02 –NFJ029120–), *Maninen* (Sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02 –NFJ018806–), *Meilicke I* (Sentencia de 6 de marzo de 2007, asunto C-292/04 –NFJ025069–), *Holbock* (Sentencia de 24 de mayo de 2007, asunto C-157/05 –NFJ025825–), *Meilicke II*

(Sentencia de 30 de junio de 2011, asunto C-262/09 –NFJ043187–), *Accor* (Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-310/09 –NFJ044040–) y *República de Francia* (Sentencia de 4 de octubre de 2018, asunto C-416/17 –NFJ071480–), *Haribo* y *Salinen* (Sentencia de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-436/08 y C-437/08 –NFJ041413–, tercera cuestión) y *Secil* (Sentencia de 24 de noviembre de 2016, asunto C-464/14 –NFJ064699–). También versan sobre esta materia un conjunto de sentencias que, por contener argumentos respecto del papel de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, se comentan separadamente.

2.1.1.1. Perceptores personas jurídicas

En *Haribo* (Sentencia de 10 de febrero de 2011, asunto C-436/08 –NFJ041413–, cuestión primera), el TJUE apreció como restrictiva de la libertad de movimiento de capitales la tributación plena de los dividendos externos entrantes procedentes de Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), cuando el porcentaje de participación no alcanzaba el 10 %, en tanto que los dividendos internos (Austria) estaban exentos cualquiera que fuere el porcentaje de participación, por cuanto la situación de los dividendos internos y externos era comparable, frente al objetivo de la eliminación de la doble imposición económica (p. 59), de manera tal que debía darse a los dividendos externos entrantes un trato equivalente respecto de los dividendos internos (p. 60).

Desde luego, ese tratamiento radicalmente dispar, podía disuadir a los inversores residentes de colocar sus capitales en las entidades residentes en esos Estados terceros (p. 52).

No obstante, la exención podía alcanzarse si el dividendo externo entrante procedía de un beneficio que hubiere estado efectivamente sujeto a una tributación comparable a la austriaca, a cuyo efecto era necesario que la Administración tributaria austriaca dispusiera de los medios de control suficientes. El TJUE fue sensible a la causa de justificación de los controles fiscales, pero apreció que iba más allá de lo necesario, por cuanto si bien era congruente exigir al efecto un acuerdo de asistencia mutua administrativa no lo era exigir, también, un acuerdo en materia de recaudación (p. 72 y 73).

Véase, por tanto, que el TJUE aceptó que la exención del dividendo extranjero entrante estuviere supeditada a una tributación sobre los beneficios comparable a la que soportaban los beneficios internos, pero rechazó la necesidad de un acuerdo de asistencia recaudatoria, al efecto de comprobar ese extremo.

La enseñanza que se deriva de esta sentencia es que la libertad de movimiento de capitales no impone de manera radical la exención de los dividendos externos entrantes cuando los dividendos internos están exentos, ya que permite supeditarla al requisito de tributación comparable sobre los beneficios de los que procede el dividendo. Este matiz es importante por cuanto permite morigerar, cuando no anular, la deslocalización de capitales por motivos

fiscales. Más todavía, la no concesión de la exención a los dividendos externos entrantes es admisible si la Administración tributaria no cuenta, en relación con la jurisdicción fiscal de la fuente, con un acuerdo de asistencia mutua que permita verificar la tributación comparable, si bien es lógico entender que el mismo pueda estar procurado por un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

En *Secil* (Sentencia de 24 de noviembre de 2016, asunto C-464/14 –NFJ064699–), el TJUE apreció restrictiva de la libertad de movimiento de capitales la tributación plena de los dividendos externos entrantes procedentes de Estados terceros, cuando los dividendos internos (Portugal) podían acogerse a la exención, total o parcial, pues, frente al objetivo de eliminación de la doble imposición en cadena o doble imposición económica, los dividendos externos entrantes se hallaban en situación comparable con los dividendos internos (p. 55), y de ahí que aquella libertad rechazara la disparidad de trato (p. 47), la cual, por otra parte, podría surtir un efecto disuasorio respecto de la inversión en entidades residentes en Estados terceros (p. 50).

Ahora bien, en el análisis de las causas de justificación, el TJUE reparó en que la legislación portuguesa establecía, como requisito para aplicar la exención de los dividendos internos, que la entidad pagadora estuviera sujeta y no exenta a la imposición, de manera tal que esos mismos requisitos habían de predicarse de los dividendos externos entrantes y, además, la Administración tributaria debía tener la posibilidad de comprobar ese extremo mediante la normativa de asistencia mutua. En este punto, el TJUE remitió al tribunal nacional dilucidar si el intercambio de información previsto en el convenio para evitar la doble imposición luso-tunecino, permitía efectuar ese control (p. 68).

Nótese la diferencia con el caso *Haribo*. En efecto, la legislación austriaca permitía la exención cuando el impuesto sobre los beneficios extranjero fuera comparable al austriaco, en tanto que la legislación portuguesa solo concedía la exención a los dividendos internos (también a los afectados por la Directiva matriz-filial) pero, aun así, el TJUE entendió que, por imperativo de la libertad de movimiento de capitales, la exención únicamente debía extenderse a los dividendos externos entrantes si la Administración tributaria portuguesa estuviere amparada por un marco jurídico que permitiera la asistencia mutua administrativa.

En esta sentencia también se contempló el posible efecto sanador de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición. El TJUE observó que el convenio luso-tunecino solamente hacía frente a la doble imposición jurídica, pero no a la económica, en línea con el Modelo de Convenio de la OCDE (p. 49). La presencia de un convenio que estableciera la eliminación de la doble imposición económica supondría la neutralización de la restricción. No fue el caso.

Es interesante destacar que el TJUE enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales, a pesar de que las participaciones concernidas determinaban porcentajes sobre el capital social bastante elevados, y ello fue así porque la legislación

portuguesa concedía la exención parcial sin necesidad de alcanzar un determinado porcentaje de participación.

2.1.1.2. Perceptores personas físicas

En las sentencias que se enumeran, de acuerdo con las respectivas legislaciones nacionales, los dividendos externos entrantes tributaban plenamente, en tanto que los dividendos internos gozaban de exención, *Verkooijen* (Sentencia de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98 –NFJ009096–) o de una retención liberatoria, *Lenz* (Sentencia de 15 de julio de 2004, asunto C-315/02 –NFJ029120–) o de un crédito fiscal calculado en función del tipo de gravamen del impuesto sobre sociedades (IS), *Maninen* (Sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02 –NFJ018806–) y *Meilicke I* (Sentencia de 6 de marzo de 2007, asunto C-292/04 –NFJ025069–) o de un tipo especial reducido, *Holbock* (Sentencia de 24 de mayo de 2007, asunto C-157/05 –NFJ025825–) o de una reducción en la retención, *Accor* (Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-310/09 –NFJ044040–).

Esa diferencia de trato fiscal, en todos los casos, fue considerada por el TJUE restrictiva de la libertad de movimiento de capitales, por cuanto podía disuadir a los residentes de invertir en el extranjero y, consecuentemente, las entidades extranjeras tendrían dificultad para colocar sus emisiones en el mercado de capitales nacional. No obstante, en *Holbock* (Sentencia de 24 de mayo de 2007, asunto C-157/05 –NFJ025825–) operó la excepción, actualmente contenida en el artículo 64.1 del TFUE, relativa a las normas restrictivas de la libertad de movimiento de capitales con países terceros existentes a 31 de diciembre de 1993.

En todas estas sentencias se planteó el alcance de la regla, actualmente contenida en el artículo 65 del TFUE, que permite a los Estados miembros establecer distinciones en función de la residencia de los inversores o del lugar en el que se efectúan las inversiones. Para los Estados miembros que alegaron, esa regla permitía, claramente, reservar la eliminación de la doble imposición económica a los dividendos procedentes de beneficios gravados por la propia jurisdicción fiscal (*Accor*, Sentencia de 15 de septiembre de 2011, asunto C-310/09 –NFJ044040–, p. 27).

El TJUE, sistemáticamente, con base en la literatura del propio precepto, precisó que esas distinciones no debían tener carácter discriminatorio, de manera tal que, como se indicó anteriormente, recondujo la perspectiva fiscal de la libertad de movimiento de capitales al marco general de las restantes libertades.

La pregunta, entonces, era si, a la vista del objetivo y finalidad del régimen fiscal concernido, la percepción de dividendos externos era comparable a la percepción de dividendos internos. Ese objetivo y finalidad era superar o aliviar el exceso de imposición derivado de la imposición subyacente del beneficio. Pues bien, a juicio del TJUE, frente a ese objetivo y finalidad, las dos situaciones eran perfectamente comparables, por cuanto en ambas con-

curría la imposición subyacente, aun cuando la misma fuera exigida por una jurisdicción fiscal extranjera en el caso del dividendo externo entrante.

Como causa de justificación más significativa se alegó la necesidad de mantener la coherencia del sistema tributario, de manera tal que la concesión de la ventaja fiscal en sede de la imposición personal de los accionistas, personas físicas, estaría justificada por el previo gravamen en sede de la entidad pagadora del dividendo. Esta defensa se estrelló contra la doctrina del vínculo directo, según la cual la relación entre la ventaja y la compensación ha de producirse en sede del mismo contribuyente y por el mismo impuesto, lo que no era el caso, ya que la ventaja se insertaba en la imposición del accionista y la compensación en sede de la entidad pagadora del dividendo (*Verkooijen*, Sentencia de 6 de junio de 2000, asunto C-35/98 –NFJ009096–, p. 58). A mayor abundamiento, el TJUE observó que la concesión de un crédito fiscal respecto de los dividendos externos entrantes no desvirtuaría la coherencia en la medida en que se mantuviese la correlación entre la ventaja fiscal concedida al accionista y el IS que recayó sobre el beneficio del que procedía el dividendo (*Meilicke I*, Sentencia de 6 de marzo de 2007, asunto C-292/04 –NFJ025069–, p. 29), precisando en sentencia posterior que el crédito fiscal debía ser calculado de acuerdo con el tipo nominal de gravamen de la entidad distribuidora del dividendo, con el límite del que sería aplicable de acuerdo con el derecho de la jurisdicción fiscal del perceptor del dividendo (*Meilicke II*, Sentencia de 30 de junio de 2011, asunto C-262/09 –NFJ043187–).

También se alegó el principio de territorialidad, pero el TJUE indicó que en el mismo no cabía el supuesto de hecho contemplado y que, por otra parte, no podía justificar la restricción en presencia (*Maninen*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02 –NFJ018806–, p. 38-39).

En fin, alguna sentencia también contempló la posible neutralización de la restricción mediante un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, pero el TJUE constató que no hallaba en el aplicable una medida que pudiera restablecer la igualdad de trato (*Maninen*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, asunto C-319/02 –NFJ018806–, p. 21).

Vistas en su conjunto, las sentencias precedentes, supusieron un grave tropiezo para los métodos de eliminación de la doble imposición de dividendos en la imposición sobre la renta de las personas físicas (García-Herrera y Herrera Molina, 2005), así como el desplazamiento de esos métodos por otros menos precisos, como la exención parcial (Villar Ezcurra, 2015), en perjuicio del tratamiento neutral de dividendos e intereses (Warren y Graetz, August 31, 2007).

2.1.2. Disparidad relativa

La disparidad relativa fue examinada en *Test Claimants in the FII Group Litigation* (Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto C-446/04 –NFJ024425–), *Test Claimants in the CFC and*

Dividend Group Litigation (Auto de 23 de abril de 2008, asunto C-201/05 –NFJ038723–), *Test Claimants in the FII Group Litigation* (Sentencia de 13 de noviembre de 2012, asunto C-35/11 –NFJ049182–), *República Helénica* (Sentencia de 23 de abril de 2009, asunto C-406/07), *Hario y Salinen* (Sentencia de 10 de febrero de 2011, asuntos acumulados C-436/08 y C-437/08 –NFJ041413–), *EV* (Sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-685/16 –NFJ071414–), *Kronos* (Sentencia de 11 de septiembre de 2014, asunto C-47/12 –NFJ055101–) y *Secil* (Sentencia de 24 de noviembre de 2016, asunto C-464/14 –NFJ064699–).

2.1.2.1. Perceptores personas jurídicas

A) Exención para dividendos internos e imputación para dividendos externos entrantes

En *FII Group Litigation* (Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto C-446/04 –NFJ024425–), se examinó la legislación británica la cual, al tiempo de los hechos, eximía los dividendos internos y, para participaciones iguales o superiores al 10 %, permitía la imputación del impuesto subyacente correspondiente a los dividendos externos entrantes.

Esa diversidad de trato no fue considerada restrictiva de la libertad de establecimiento, a condición de que el tipo de gravamen aplicable a los dos tipos de dividendo fuere el mismo y de que el impuesto subyacente extranjero se imputase en su totalidad (Moreno González, 2014) (p. 48 a 53).

Con todo, el método de exención podría deparar un mejor trato al dividendo interno respecto del externo entrante cuando las entidades residentes en el Reino Unido disfrutaran de incentivos fiscales que hicieran descender el tipo efectivo de gravamen respecto del nominal, lo que no fue obstáculo para que el TJUE mantuviera su criterio, a condición de que tal separación de tipos de gravamen fuera excepcional.

En *Test Claimants in the FII Group Litigation* (Sentencia de 13 de noviembre de 2012, asunto C-35/11 –NFJ049182–), el TJUE interpretó la sentencia *FII Group Litigation* (Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto C-446/04 –NFJ024425–), indicando que lo relevante era el tratamiento equivalente respecto de los dos dividendos (p. 38 y 39).

Como quiera que el tribunal británico remitente indicó que había constatado que, con carácter general, el tipo de gravamen efectivo nacional era inferior al tipo de gravamen nominal nacional, el TJUE apreció la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento (p. 51 y 52) y acometió el análisis de las causas de justificación, encontrando que operaba la consistente en la necesidad de preservar la coherencia del sistema fiscal, ya que existía una relación directa entre el crédito fiscal propio del método de imputación (dividendos externos entrantes) y la exención (dividendos internos, con el impuesto subyacente (p. 58 y 59). Se observará que el TJUE interpretó la causa de justificación en términos amplios.

No obstante, el respeto al principio de proporcionalidad exigía que el impuesto subyacente se calculara sobre el tipo de gravamen nominal, en vez de sobre el tipo de gravamen efectivo (p. 62). De esta manera, se respetaban las ventajas fiscales propias de la imposición sobre el beneficio del que procedía el dividendo externo entrante, al modo en como lo hacía el método de exención. Y, aun así, el método de exención podía ser más ventajoso si el tipo de gravamen nominal nacional fuere más bajo que el tipo de gravamen nominal extranjero, pero el TJUE no observó en ello sino una consecuencia de las competencias de los Estados en la configuración de sus sistemas fiscales (p. 63 y 64).

Para participaciones inferiores al 10 % los dividendos externos entrantes no tenían derecho a la exención ni a la imputación del subyacente, en tanto que los internos disfrutaban de exención, a lo que, según el TJUE, se oponía la libertad de establecimiento. Sin embargo, esa restricción podría estar amparada por la causa de justificación de los controles fiscales, en relación con los dividendos procedentes de Estados terceros con los que no existiere un régimen de intercambio de información convencionalmente establecido, cuando la concesión de la ventaja fiscal estuviere supeditada al cumplimiento de requisitos para cuya comprobación se requería esa información (*Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, Auto de 23 de abril de 2008, asunto C-201/05 –NFJ038723–, p. 96).

En *Haribo* (Sentencia de 10 de febrero de 2011, asunto C-436/08 –NFJ041413–, cuestión segunda), el TJUE reiteró que el método de imputación determinaba un trato equivalente al método de exención, siempre que el tipo impositivo sobre los beneficios correspondientes a los dividendos de origen extranjero no fuere superior al tipo impositivo aplicado a los beneficios correspondientes a los dividendos de origen nacional y que el crédito fiscal fuere al menos igual al importe pagado por el impuesto subyacente (p. 86), precisando que no era exigible devolver el exceso del impuesto subyacente sobre la cuota generada por el dividendo externo entrante (p. 88), de manera tal que era admisible la imputación ordinaria.

Ciertamente, el método de imputación imponía probar el montante del impuesto subyacente, pero esa diferencia respecto del método de exención no suponía, a juicio del TJUE, una restricción (p. 91), excepto si esa prueba fuere, en la práctica, imposible o muy gravosa (p. 96), en el bien entendido de que las informaciones exigidas por la Administración tributaria nacional a la sociedad beneficiaria de los dividendos acerca del impuesto que hubiese gravado efectivamente los beneficios de la sociedad que los distribuye en el Estado en el que reside, son inherentes al funcionamiento mismo del método de imputación y no pueden considerarse como una carga administrativa excesiva (p. 104).

La enseñanza que se extrae del conjunto de las sentencias consideradas es que no provocaría una restricción establecer el método de exención para los dividendos internos y el método de imputación para los dividendos externos entrantes cuando el efecto práctico de esa dualidad fuere un gravamen equivalente de unos y otros. La equivalencia ha de referirse al tipo efectivo de gravamen, no al tipo nominal de gravamen. A igualdad de tipos nominales de gravamen no habrá equivalencia si el tipo efectivo de gravamen de la entidad paga-

dora es superior al tipo efectivo de gravamen de la entidad perceptora. Por el contrario, sí la habrá si el tipo efectivo de gravamen de la entidad pagadora es igual o inferior al tipo de gravamen efectivo de la entidad perceptora.

Las matizaciones que se derivan de las sentencias del TJUE revisten interés. En efecto, la disparidad de métodos para eliminar la doble imposición, en particular la exención para dividendos internos y la imputación para dividendos externos entrantes, es admisible, bajo el requisito de gravamen equivalente. En consecuencia, el ordenamiento comunitario no impone la exención respecto de los dividendos externos entrantes cuando los internos disfrutan de ese método. Los dividendos externos entrantes podrán no disfrutar del método de exención, pero no podrán estar sometidos a tributación plena y deberán disfrutar de un método de imputación que depare un tratamiento equivalente al derivado del método de exención.

No se ocultará que esa opción es relevante desde la perspectiva de la política fiscal, por cuanto permite a los Estados miembros elegir entre la neutralidad en la exportación de capitales (método de imputación) y la neutralidad en la importación de capitales (método de exención). Más allá del debate académico, es lo cierto que el método de exención ha venido desplazando al método de imputación a lo largo de las dos últimas décadas, pero también lo es que con el contrapeso de la extensión de la transparencia fiscal internacional.

El método de exención para los dividendos externos entrantes puede provocar fenómenos de deslocalización de capitales por motivos fiscales, al tiempo que ofrece un punto de apoyo para las operaciones determinantes de asimetrías híbridas. Para los países que juegan la carta de la atracción de entidades tipo *holding* este método forma parte de esa estrategia, pero otros países querrán defenderse del «*dumping* fiscal» que suponen los tipos de gravamen sobre los beneficios anormalmente bajos o los incentivos fiscales exacerbados. Pues bien, los Estados miembros que deseen, al tiempo, eximir los dividendos internos y defenderse de la competición fiscal internacional, han de saber que la doctrina del TJUE no impone la exención para los dividendos externos entrantes, sino que es posible aplicar a estos últimos el método de imputación, si bien de una manera que garantice el tratamiento equivalente. El TJUE ha sugerido que esa manera podría consistir en tomar como impuesto subyacente pagado en el extranjero el derivado de la aplicación del tipo nominal de gravamen, el cual, claro está, tendría como límite el impuesto generado por el dividendo, respetándose así los incentivos fiscales existentes en la jurisdicción fiscal extranjera. Sin embargo, cuando en el Estado miembro coincide el tipo de gravamen nominal con el efectivo, esa técnica haría de mejor condición al dividendo extranjero. El tratamiento equivalente solo se produciría, de manera exacta, cuando se tomase como impuesto pagado en el extranjero el importe del impuesto subyacente calculado de acuerdo con las reglas del Estado miembro rectoras de la imposición sobre el beneficio o, de otra manera, aplicando el tipo efectivo de gravamen de la entidad perceptora del dividendo. En fin, sea cual fuere el criterio y la técnica que se sigan para alcanzar ese tratamiento equivalente, lo relevante es resaltar que la doctrina del TJUE no obliga a extender el método de exención a los dividendos externos entrantes cuando los dividendos internos están exentos.

B) Exención para dividendos internos y exención condicionada para dividendos externos entrantes

La disparidad parcial también se presenta cuando, aplicándose el mismo método, los dividendos externos están sujetos a requisitos más estrictos, en orden a la aplicación del mismo método.

Como ha quedado expuesto en *Haribo* (Sentencia de 10 de febrero de 2011, asunto C-436/08 –NFJ041413–, primera cuestión), la exención de ciertos dividendos externos entrantes estaba condicionada a la existencia de un acuerdo completo de asistencia mutua en materia administrativa y de recaudación. El TJUE entendió que existía una restricción a la libertad de establecimiento, ya que esa exigencia podía impedir un tratamiento equivalente de dividendos internos y externos. No obstante, apreció la causa de justificación consistente en la práctica de los controles fiscales, si bien la proporcionalidad excluía la pertinencia del acuerdo recaudatorio.

Así pues, la ausencia de un acuerdo de asistencia en materia administrativa permitiría dar un tratamiento distinto a los dividendos externos entrantes siempre que para la aplicación del régimen de exención respecto de los dividendos internos se exigiera la concurrencia de unos requisitos para cuya comprobación en relación con los dividendos externos entrantes fuere necesaria esa asistencia.

En *EV* (Sentencia de 20 de septiembre de 2018, asunto C-685/16 –NFJ071414–), la exención de los dividendos externos estaba condicionada a que la entidad pagadora realizara actividades económicas o que fuera una entidad *holding* funcional, esto es, que sus participadas realizaran actividades económicas. El TJUE halló que esa exigencia de mayores requisitos determinaba una restricción a la libertad de movimiento de capitales, ya que hacía la inversión en acciones de entidades extranjeras menos atractiva que la inversión en acciones de entidades nacionales (p. 63), siendo la situación de los dividendos internos y externos entrantes, comparable frente al objetivo de eliminar la doble imposición (p. 92).

Tampoco apreció que esos requisitos pudieran estar amparados por la causa de justificación de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, pues no perseguían frustrar montajes puramente artificiales carentes de realidad económica (p. 95) sino que, por el contrario, constituían una presunción *iuris et de iure* de fraude o evasión fiscal, en particular por lo que concernía a las sociedades extranjeras tipo *holding* (p. 98).

En definitiva, el TJUE no hizo sino aplicar su doctrina relativa a los regímenes fiscales antiabuso exclusivamente transfronterizos, a cuyo tenor, los mismos debían estar dirigidos contra los montajes artificiales carentes de realidad económica y permitir alegar al contribuyente en defensa de su derecho, en el caso a la hipotética exención de los dividendos externos entrantes, sobre la base de demostrar que no existía fraude o evasión fiscal.

Lo relevante de esta sentencia es que el tratamiento dispar de los dividendos externos entrantes respecto de los dividendos internos, no puede fundamentarse exclusivamente en

la naturaleza de las actividades ejecutadas por las entidades no residentes. En particular, no puede fundamentarse en que los activos de la entidad no residente producen rentas de naturaleza pasiva.

Aun cuando la transparencia fiscal internacional no es objeto de la presente colaboración, debe indicarse que la apreciación precedente tiene trascendencia en relación con la misma, en la medida en que este régimen fiscal suele afectar primordialmente a rentas pasivas. No obstante, si el impuesto extranjero subyacente es objeto de imputación, no parece que pueda existir una convalidación procedente del ordenamiento comunitario, en particular, bajo el cumplimiento de la regla de equivalencia. El TJUE abordó la transparencia fiscal internacional, por vez primera, en la sentencia *Cadbury Schweppes* (Sentencia de 12 de septiembre de 2006, asunto C-196/04 –NFJ023535–).

C) Imputación para dividendos internos y exención para externos entrantes

Esta disparidad fue examinada en *Kronos* (Sentencia de 11 de septiembre de 2014, asunto C-47/12 –NFJ055101–). Los dividendos externos estaban exentos en virtud de determinados convenios bilaterales para eliminar la doble imposición en tanto que los internos disfrutaban del método de imputación, con la particularidad de que el impuesto subyacente en exceso sobre la cuota era objeto de devolución, de manera tal que, para el caso de pérdidas, el método de imputación procuraba una ventaja de tesorería.

El TJUE no dedujo de ese tratamiento más ventajoso del dividendo interno una restricción a la libertad de movimiento de capitales porque, en primer lugar, el convenio bilateral implicaba que Alemania había renunciado a gravar el dividendo extranjero y, por tanto, solo le era exigible no gravar tales dividendos, pero no devolver el impuesto subyacente (p. 82) y, en segundo lugar, porque la devolución del impuesto subyacente respecto de los dividendos internos no era sino la consecuencia lógica del método de imputación que, frente al de exención, neutraliza la generación de una pérdida compensable en ejercicios futuros, en la medida en que incorpora el dividendo a la base imponible (p. 87). En definitiva, frente al objetivo de eliminar la doble imposición económica, el tratamiento de los dividendos internos y externos respetaba el principio de equivalencia.

2.1.2.2. Perceptores personas físicas

A) Exención en dividendos internos, imputación en dividendos externos entrantes

Esta disparidad fue examinada en *República Helénica* (Sentencia de 23 de abril de 2009, asunto C-406/07). El TJUE constató que el método de imputación ordinaria era menos ventajoso que el método de exención, en particular respecto de los contribuyentes cuyas rentas podían tributar al tipo marginal máximo, y de ahí dedujo una diferencia de trato determinante de una restricción a la libertad de movimiento de capitales (p. 26). Ante la carencia de

alegaciones del Gobierno griego, tanto en relación con el análisis de comparabilidad como respecto de las causas de justificación, el TJUE se abstuvo.

B) Imputación en dividendos externos entrantes limitada

Esta disparidad, examinada en *Becker* (Sentencia de 28 de febrero de 2013, asunto C-168/11 –NFJ050170–), consistía en calcular el límite a la imputación en cuota de la retención sufrida sobre los dividendos extranjeros entrantes, mediante una regla de tres en la que la porción de cuota íntegra imputable al dividendo extranjero se determinaba multiplicando la cuota íntegra por los dividendos y dividiendo el producto por la renta anterior a la deducción de gastos personales, resultando así un límite más bajo del que se hubiera aplicado en caso de que el divisor hubiera sido la renta posterior a la deducción de los gastos personales (p. 12).

El TJUE observó que esa forma de calcular el límite a la imputación de la retención extranjera hacía de peor condición a los dividendos de fuente extranjera respecto de las rentas de fuente nacional, en la medida en que su efecto práctico era no computar plenamente los gastos personales, lo cual desanimaría la realización de inversiones exteriores y, por tanto, constituía una restricción a la libertad de movimientos de capitales (p. 40)

El no cómputo de gastos personales por razón de la percepción de rentas extranjeras ya había sido considerado por el TJUE en varias sentencias anteriores, entre ellas *De Groot* (Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-385/00 –NFJ013962–), como un régimen fiscal al que se oponía la libertad de concernida.

2.1.3. Presión fiscal efectiva mayor sobre los dividendos externos

En *Kerckaert* (Sentencia de 14 de noviembre de 2006, asunto C-513/04 –NFJ024029–), el TJUE examinó el régimen fiscal belga, a cuyo tenor, los dividendos internos y externos estaban sujetos al mismo tipo de gravamen (25 %), pero la presión fiscal efectiva sobre los dividendos externos, en el caso procedentes de Francia, era superior a la soportada por los dividendos internos. Esta mayor presión derivaba de la interacción entre las dos legislaciones fiscales concernidas, así como del convenio bilateral para eliminar la doble imposición, a cuyo tenor Francia concedía un crédito fiscal al accionista que, sumado al dividendo, era objeto de retención, la cual no podía imputarse respecto del gravamen generado en Bélgica.

El TJUE observó que la discriminación podía producirse, ciertamente, por causa de aplicar la misma tributación a situaciones diferentes, pero en el caso no la halló, por cuanto la mayor presión fiscal no derivaba de una norma fiscal discriminatoria, sino del ejercicio paralelo por dos Estados miembros de su potestad tributaria (p. 20).

El TJUE aceptó así que, en ausencia de una armonización fiscal comunitaria, los dividendos externos soportaran una mayor presión fiscal efectiva, por cuanto la misma no de-

rivaba de una norma que los tratara de manera más gravosa que a los internos, sino que era consecuencia del juego conjunto de dos ordenamientos fiscales y del convenio bilateral.

Tal vez pudo el TJUE entrar a examinar si la propia contextura del convenio bilateral, al no permitir la imputación de la retención practicada sobre los dividendos, determinaba un exceso de tributación discriminatorio, pero no lo hizo, por cuanto tal extremo no había sido objeto de la cuestión prejudicial.

La sentencia del TJUE pone de relieve que el Derecho de la UE no garantiza la igualdad de presión fiscal efectiva respecto de las rentas del capital mobiliario bajo la forma de dividendos.

En *Baudinet* (Auto de 4 de febrero de 2016, asunto C-194/15), el TJUE reiteró que la mayor presión fiscal sobre los dividendos externos derivada del ejercicio de la competencia fiscal por Estados miembros diferentes, en el caso Italia y Francia, no constituía una restricción prohibida por el tratado, en la medida en que no concurriera un supuesto de discriminación (p. 32).

El Estado miembro de la residencia del receptor del dividendo puede incurrir en un supuesto de discriminación si grava de manera más intensa a los dividendos externos entrantes que a los internos, cualquiera que sea la técnica aplicada al efecto, pero no está obligado a establecer un método para eliminar la doble imposición, tanto jurídica como económica, derivada del ejercicio conjunto de su competencia fiscal por el Estado miembro de origen (p. 33 a 37).

Las dos sentencias comentadas ponen de relieve que la tributación más gravosa del dividendo externo entrante respecto del dividendo interno no implica una restricción prohibida por las libertades en tanto tal efecto no sea consecuencia de un régimen fiscal discriminatorio. Ahora bien, esa disparidad es un factor mayor de la fragmentación del mercado de capitales.

2.2. Tributación de los no residentes (dividendos internos salientes)

El TJUE ha abordado, básicamente, la pertinencia de la imposición, mediante retención, de los dividendos pagados por entidades residentes a personas o entidades no residentes y, secundariamente, la necesidad de establecer un sistema de crédito fiscal para los socios o accionistas no residentes.

2.2.1. Retención a no residentes frente a residentes exentos

Esta cuestión se examinó en *Denkavit Internacional* (Sentencia de 14 de diciembre de 2006, asunto C-170/05 –NFJ024423–), *Aberdeen* (Sentencia de 18 de junio de 2009, asunto

C-303/07 –NFJ033565–), *República italiana* (Sentencia de 19 de noviembre de 2009, asunto C-540/07 –NFJ036243–), *Reino de Países Bajos* (Sentencia de 11 de junio de 2009, asunto C-521/07 –NFJ033566–), *República Federal de Alemania* (Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–), *Tate & Lyl* (Auto de 12 de julio de 2012, asunto C-384/11), *Secilpar* (Auto de 22 de noviembre de 2010, asunto C-199/10), *Canadá* (Auto de 21 de enero de 2020, asunto C-613/18).

En todas las sentencias, las cuales versaron sobre supuestos en los que no era aplicable la Directiva 90/435/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (Directiva 90/435), mientras que los dividendos internos percibidos por entidades residentes no sufrían retención o bien la retención era objeto de imputación o de devolución por disfrutar los dividendos de exención, los percibidos por entidades no residentes o dividendos internos salientes sufrían una imposición definitiva bajo la forma de una retención, sea de acuerdo con la legislación interna o con lo previsto en un convenio para evitar la doble imposición, de modo que el perceptor no residente era gravado, frente a la jurisdicción fiscal de la fuente, de manera más intensa que el perceptor residente.

Para el TJUE dicho trato desfavorable de los dividendos internos salientes, en relación con el trato que se dispensaba a los dividendos internos, podía disuadir a las entidades extranjeras de invertir en instrumentos de patrimonio emitidos por entidades residentes, lo que constituía una restricción a la libre circulación de capitales.

Así pues, el TJUE entendió que el binomio retención sobre los dividendos internos salientes/no retención o imputación o devolución de la practicada sobre los dividendos internos o, en sentido más general, el binomio imposición definitiva sobre los dividendos internos salientes/imposición más liviana sobre los dividendos internos, implicaba un efecto disuasorio de la inversión en entidades residentes por parte de las entidades no residentes.

Tal vez deba matizarse ese criterio. Lo que puede disuadir la inversión de las entidades extranjeras en instrumentos de patrimonio emitidos por las entidades residentes es la retención, en sí misma, sobre los dividendos internos salientes, con independencia de que se retenga o no sobre los dividendos internos o de cuál sea la intensidad, si alguna, del gravamen que recae sobre el perceptor residente de los dividendos internos. Y lo que puede disuadir la inversión en instrumentos de patrimonio emitidos por las entidades no residentes es que los dividendos externos entrantes se graven plenamente, en tanto que los dividendos internos disfruten de un método para eliminar la doble imposición económica, como se ha comentado en el apartado precedente dedicado a los dividendos externos entrantes.

Ciertamente, frente a la imposición mediante retención, se constató, en todos los casos examinados, una diferencia de trato entre inversores residentes y no residentes en instrumentos de patrimonio emitidos por las entidades residentes, pero esa diferencia no era determinante de un efecto material sobre la decisión de inversión por parte de los no residentes en instrumentos de patrimonio emitidos por las entidades residentes.

Sin embargo, aquel binomio sí podía disuadir a las entidades residentes de invertir en entidades no residentes, por cuanto la retención implicaba una mayor tributación de estas entidades por comparación con las entidades residentes. Sin embargo, materialmente, este efecto solo se produciría en plenitud cuando los dividendos internos salientes constituyeran una parte sustancial de los ingresos de la entidad no residente, que para ella eran dividendos externos entrantes. Grande o pequeña, la retención sobre los dividendos internos salientes, cuando los dividendos internos no están gravados, sí podía determinar un obstáculo para que los inversores residentes invirtieran en instrumentos de patrimonio emitidos por entidades no residentes.

Sea como fuere, el TJUE apreció que la imposición sobre los dividendos internos salientes, cuando los dividendos internos estaban exentos y, o bien no sufrían retención o la misma era devuelta, implicaba una restricción, sea a la libertad de establecimiento o a la de movimiento de capitales, según los casos, no tanto en razón al efecto material disuasorio cuanto por razón de un tratamiento fiscal reputado discriminatorio.

Si el peor tratamiento fiscal de los dividendos internos salientes respecto de los dividendos internos era, en relación con la jurisdicción fiscal de la fuente, palmaria, restaba por ver el resultado del análisis de comparabilidad.

En las sentencias anteriormente enumeradas se encuentra un esquema argumental que puede resumirse en los siguientes puntos:

- El régimen jurídico que debe ser tomado en consideración es el concerniente a la eliminación de la doble imposición económica establecido por la jurisdicción fiscal de la fuente (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 55).
- Frente a este régimen, las entidades residentes y no residentes, perceptoras de dividendos no se hallan, necesariamente, en situación comparable (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 55).
- Sin embargo, a partir del momento en que un Estado miembro, de forma unilateral o por vía de convenios, somete al impuesto sobre la renta no solo a las sociedades residentes sino también a las sociedades no residentes, por los dividendos que perciben de una sociedad residente, la situación de las mencionadas sociedades no residentes se asemeja a la de las sociedades residentes (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 56).
- En efecto, el mero ejercicio por ese mismo Estado de su potestad tributaria, con independencia de cualquier tributación en otro Estado miembro, da lugar a un riesgo de tributación en cadena o de doble imposición económica. En tal caso, para que las sociedades beneficiarias no residentes no se enfrenten a una restricción a la libre circulación de capitales prohibida, en principio, por el artículo 56 del TCE (actual art. 63 TFUE), el Estado de residencia de la sociedad que distribuye beneficios

debe velar por que, en relación con el mecanismo previsto en su derecho nacional para evitar o atenuar la tributación en cadena o la doble imposición económica, las sociedades no residentes estén sujetas a un trato equivalente al que disfrutan las sociedades residentes (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 57; *Denkavit Internacional*, Sentencia de 14 de diciembre de 2006, asunto C-170/05 –NFJ024423–, p. 37).

El esquema precedente, que se encuentra en todas las sentencias que versan sobre la materia, puede ser resumido así: La retención sobre el dividendo interno saliente determina que, en relación con el objetivo de eliminación de la doble imposición económica, las entidades residentes y no residentes se encuentren en situación comparable. Por tanto, corresponde al Estado miembro que crea la doble imposición mediante la retención proceder a su eliminación. El resultado práctico será, bien se comprende, la devolución de la retención, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto del posible efecto neutralizador de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

En *Aberdeen* (Sentencia de 18 de junio de 2009, asunto C-303/07 –NFJ033565–), bajo el enfoque de una restricción a la libertad de establecimiento, el TJUE rechazó que no existiera doble imposición porque la entidad perceptora de los rendimientos estuviera exenta (sociedad de inversión de capital variable –SICAV–), que la eliminación de la doble imposición económica correspondiera a la jurisdicción fiscal de la entidad perceptora de los rendimientos, y que la misma debiera producirse en sede de la tributación de los socios o partícipes de la SICAV, verdaderos beneficiarios efectivos de los dividendos (p. 50 a 55).

En efecto, para el TJUE el régimen fiscal de la entidad perceptora del dividendo interno saliente es irrelevante. Lo relevante es que, por causa de la retención, ha de tributar sobre el citado dividendo, en tanto que la entidad residente no debe hacerlo sobre el dividendo interno, siendo así que, frente al objetivo de eliminar la doble imposición, las dos están en situación comparable. Cuestión diferente es que la entidad residente deba cumplir algún requisito para disfrutar de la exención, en cuyo caso habría que examinar si la entidad no residente lo cumple. Esto es especialmente importante en el marco de aquellas exenciones que están condicionadas al cumplimiento de ciertos requisitos, cual es el caso de las instituciones de inversión colectiva españolas, según más adelante se expondrá.

Ciertamente, si esa retención genera un crédito fiscal ejercitable ante en la imposición sobre los beneficios de la entidad no residente perceptora del dividendo, la doble imposición achacable a la retención queda superada. Casi todas las sentencias relativas a la materia que nos ocupa se han pronunciado sobre este aspecto, que forma parte del problema, más general, de la capacidad de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición para neutralizar las restricciones a las libertades. El apartado 2.2.4 está dedicado a esta cuestión.

Las causas de justificación que se alegaron, básicamente la necesidad de mantener la coherencia del sistema tributario y el reparto equilibrado de los ingresos fiscales, no prosperaron.

Respecto de la primera, el TJUE no halló que la ventaja fiscal consistente en la supresión de la retención o en su devolución estuviera asociada a un gravamen fiscal compensatorio, en particular con la tributación en sede de los accionistas a causa de una ulterior redistribución de los dividendos (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 87), y añadió que no veía la razón por la que conceder esa supresión respecto de los dividendos internos salientes pudiera suponer una mengua de la coherencia del sistema tributario.

Por otra parte, la doctrina del vínculo directo, a cuyo tenor esta causa de justificación operaba cuando la asociación o correspondencia entre la ventaja y la carga había de producirse en el mismo impuesto y en el mismo contribuyente, descartaba, en el caso, su apreciación por parte del TJUE.

En rigor, la supresión de la retención sobre los dividendos internos estaba asociada con la previa tributación de los beneficios que nutrieron el dividendo, pero esa tributación también se producía respecto de los dividendos internos salientes.

Respecto de la segunda, el TJUE indicó que la misma operaba cuando el objetivo del régimen fiscal concernido fuere evitar comportamientos que comprometieran el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las rentas derivadas de las actividades desarrolladas en su territorio, lo que no era el caso, desde el momento en que se renunciaba a gravar los dividendos internos (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 78) y, por otra parte, esas rentas ya se habían gravado mediante la imposición sobre los beneficios de la entidad pagadora del dividendo (*República Federal de Alemania*, Sentencia de 20 de octubre de 2011, asunto C-284/09 –NFJ044547–, p. 80 y 81).

Con independencia de lo que más adelante se comentará respecto de la eficacia neutralizadora de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, es lo cierto que el TJUE puso en un brete a los Estados miembros que tenían establecido un sistema para eliminar la doble imposición económica. En efecto, deberían renunciar, bien a la retención sobre los dividendos internos salientes, generalmente amparada por convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, bien a la eliminación de la doble imposición económica, generalmente apoyada por arraigadas razones de técnica tributaria, todo ello, claro está, en el ámbito de los dividendos que respondieren a los requisitos objetivos del método de eliminación de la doble imposición económica.

Con todo, la doctrina del TJUE, tal vez haya puesto el foco sobre la pertinencia de que la jurisdicción fiscal de la fuente grave los dividendos internos salientes, generalmente mediante una retención, cuando el beneficio del que procede el dividendo ya ha sido gravado por esa jurisdicción fiscal en sede de la imposición sobre los beneficios. En cierto modo, el Modelo de Convenio de la OCDE rebaja aquella pertinencia cuando prevé una retención del 5 % para los dividendos de participaciones significativas (25 %), frente a la general del 15 %, distinción que no hace en materia de intereses, a los que asigna una retención del 10 %.

2.2.2. Retención a no residentes frente a residentes no exentos

La lógica de las sentencias precedentes podría llevar a entender, en sentido contrario, que no se produciría una restricción a la libertad de movimiento de capitales o de establecimiento, según los casos, cuando los dividendos internos estuvieran sujetos a tributación plena en sede de la entidad residente perceptora de los mismos. No ha sido exactamente así.

En *Sofina* (Sentencia de 22 de noviembre de 2018, asunto C-575/17 –NFJ071996–), el TJUE observó que la retención sobre los dividendos internos salientes, en tanto que los dividendos internos no sufrían retención, si bien tributaban en la imposición definitiva de la entidad perceptora, excepto si eran neutralizados por consecuencia de pérdidas derivadas de otras actividades o inversiones, provocaba una diferencia de trato a favor de la entidad perceptora residente, en principio como ventaja de tesorería, que podía transformarse en definitiva si dicha entidad se extinguía antes de obtener beneficios (p. 32 y 33), de manera tal que esa diferencia de trato podía disuadir, por un lado, a los inversores no residentes de realizar inversiones en entidades residentes y, por otro, a los inversores residentes de adquirir instrumentos de patrimonio participaciones en sociedades no residentes (p 40), lo que constituía una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

Ya se comentó anteriormente que este criterio podría no ser acertado. Un inversor no residente podrá desanimarse ante una retención, pero no porque los dividendos interiores no la sufran. Un inversor residente no desistirá de la inversión exterior porque los dividendos internos no sufran retención, excepto si los dividendos externos de entrada sufren retención, lo que no era el caso.

El análisis de comparabilidad se anunciaba interesante porque, a diferencia de los casos examinados en el epígrafe precedente, las entidades residentes tributaban por los dividendos percibidos, de manera tal que los dividendos internos y los dividendos internos salientes estaban sujetos a imposición ante la misma jurisdicción fiscal (Francia). Ya no se podía decir, por tanto, que entidades residentes y no residentes estaban en igual posición frente al objetivo de eliminación de la doble imposición económica, sencillamente, porque tal objetivo no se presentaba.

El análisis del TJUE no partió de constatar una posición comparable de las situaciones de las entidades residentes y no residentes en relación con el objetivo y finalidad de la legislación concernida, sino que indicó que, a partir del momento en que un Estado, de forma unilateral o por vía de convenios, sujetaba al impuesto sobre la renta no solo a los contribuyentes residentes sino también a los no residentes, por los dividendos que percibían de una sociedad residente, la situación de los mencionados contribuyentes no residentes se asemejaba a la de los contribuyentes residentes (p. 47).

Siendo la situación de residentes y no residentes comparable frente a la percepción de dividendos pagados por entidades residentes, el TJUE, que situó el análisis de compara-

bilidad en sede de las causas de justificación, concluyó que el régimen fiscal concernido procuraba una ventaja fiscal sustancial a las sociedades residentes que registraban pérdidas, ventaja que no se concedía a las sociedades no residentes con pérdidas, de manera tal que no había justificación.

A juicio del TJUE, en caso de que la entidad no residente perceptora de los dividendos externos salientes sufriera pérdidas, la retención debería quedar diferida hasta el ejercicio en el que obtuviera beneficios. De esta manera se respetarían, al tiempo, el derecho de imposición pactado según convenio bilateral para eliminar la doble imposición (franco-belga) y la igualdad de trato (p. 77).

Se notará que el flujo de dividendos se desarrollaba entre Estados miembros, de manera tal que la causa de justificación de los controles fiscales y de la garantía de la recaudación cedieron ante las normas comunitarias de asistencia mutua en materia de información y recaudación (p. 74 y 75). Probablemente, el juicio hubiera sido distinto en caso de una relación con un Estado tercero.

En *Bouanich* (Sentencia de 19 de enero de 2006, asunto C-265/04 –NFJ021865–), el TJUE entendió determinante de una restricción a la libertad de movimiento de capitales un régimen fiscal según el cual los accionistas no residentes soportaban una retención sobre el importe, calificado como dividendo, recibido como consecuencia de una operación de adquisición de acciones propias, en tanto que los accionistas residentes tributaban en concepto de ganancia patrimonial sobre la diferencia entre el importe recibido y el valor de adquisición (p. 35).

En efecto, a juicio del TFUE, ese régimen fiscal hacía menos atractiva la transferencia transfronteriza de capitales, al disuadir a los inversores no residentes de comprar acciones de sociedades residentes (suecas) y al restringir, por consiguiente, las posibilidades de las sociedades residentes de captar capitales de inversores no residentes (p. 34).

Nuevamente, ha de señalarse que no es el binomio retención sobre dividendos internos salientes/ganancia patrimonial interna lo que puede desanimar al inversor extranjero, sino la calificación como dividendo del total importe recibido, con la consiguiente imposición, mediante retención, sobre importes que pueden no ser renta sino recuperación del capital, con independencia de cuál sea la tributación de los residentes.

El TJUE trató el análisis de comparabilidad a modo de causa de justificación, pero halló que residentes y no residentes se encontraban en la misma situación en relación con el cálculo del importe de la renta (p. 40). En efecto, la naturaleza de la renta obtenida por los accionistas era la misma, con independencia del lugar de su residencia.

Estos dos casos, antes que destilar una regla específica, constituyen excepciones al reverso de la regla general consistente en que, por el contrario, no se produce una restricción por causa de la retención sobre los dividendos internos salientes, cuando los dividendos internos están plenamente gravados.

2.2.3. Crédito fiscal para los accionistas residentes, pero no para los no residentes

La pertinencia de conceder un crédito fiscal a las entidades no residentes y a sus accionistas, perceptoras de dividendos pagados por entidades residentes, cuando tal crédito fiscal sí se concede a las entidades residentes y a sus accionistas residentes, se abordó en *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto C-374/04 –NFJ024424–).

La concesión del crédito fiscal a los no residentes les pondría en igualdad de condiciones respecto de los residentes, en relación con el objetivo de eliminar la doble imposición económica. Sin embargo, ello implicaría que el Estado miembro origen de los beneficios renunciara a gravarlos. Por eso, en la medida en que dicho Estado no estableciere un impuesto sobre los beneficios distribuidos, el TJUE entendió que ni la libertad de establecimiento ni la de movimiento de capitales le obligan a conceder un crédito fiscal a los no residentes (p. 59, 60 y 70).

2.2.4. Neutralización de la restricción mediante un convenio bilateral para eliminar la doble imposición

Esta cuestión, realmente fundamental, se abordó en buena parte de las sentencias anteriormente mencionadas relativas a las retenciones, en respuesta a las alegaciones de los gobiernos. Una síntesis de la doctrina del TJUE puede extraerse, entre otras, de *Denkavit Internacional* (Sentencia de 14 de diciembre de 2006, asunto C-170/05 –NFJ024423–), *Bouanich* (Sentencia de 19 de enero de 2006, asunto C-265/04 –NFJ021865–), *Amurta* (Sentencia de 8 de noviembre de 2007, asunto C-379/05 –NFJ026644–), *Reino de España* (Sentencia de 3 de junio de 2010, asunto C-487/08 –NFJ038558–) y *Societe Generale* (Sentencia de 17 de septiembre de 2015, asunto C-17/14 –NFJ059548–).

En *Amurta* (Sentencia de 8 de noviembre de 2007, asunto C-379/05 –NFJ026644–), el TJUE rechazó que la obligación que incumbía al Estado miembro de velar por que los efectos del mecanismo establecido en su ordenamiento fiscal nacional para evitar la doble imposición económica beneficiaran también a las entidades no residentes perceptoras de los dividendos salientes, se confiara a las medidas unilaterales adoptadas por la jurisdicción fiscal de la residencia del perceptor de los dividendos internos salientes. No obstante, tal obligación sí podía cumplirse mediante un convenio bilateral para eliminar la doble imposición (p. 78, 79 y 80). Así pues, la restricción generada por la retención podía ser neutralizada mediante las disposiciones de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, pero no a través de las medidas unilaterales adoptadas por la jurisdicción fiscal de la residencia del perceptor.

Sin embargo, el TJUE no entró a analizar si el convenio para evitar la doble imposición concernido (luso-neerlandés) determinaba el efecto de neutralizar la restricción a la liber-

tad de movimiento de capitales, por cuanto el tribunal remitente no lo había solicitado, de manera tal que confió al mismo apreciar si el convenio era aplicable a tenor de los hechos en presencia y si, en tal caso, producía dicho efecto (p. 81, 82 y 83).

En *Societe Generale* (Sentencia de 17 de septiembre de 2015, asunto C-17/14 –NFJ059548–), el TJUE entró a examinar si los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición aplicables producían ese efecto neutralizador. Así sería cuando el impuesto retenido en la fuente pudiera deducirse del impuesto debido ante la jurisdicción fiscal de la residencia del perceptor de los dividendos internos salientes, hasta el límite de la diferencia de trato a que da lugar la normativa nacional (p. 79). Por tanto, si los perceptores de dividendos internos no sufren imposición, por cuanto están exentos, y la retención les es devuelta o no se les practica, el efecto neutralizador solo se produciría si, de acuerdo con el correspondiente convenio bilateral para eliminar la doble imposición, fuera posible imputar la totalidad de la retención. No se trata de que, por causa del convenio bilateral, los dividendos internos salientes no soporten una tributación superior a la que soportan los dividendos internos, sino de que esa mayor tributación, si acaso, sea causada por la jurisdicción fiscal donde reside su perceptor (p. 80).

Así, el convenio concernido (belga-neerlandés) permitía deducir la retención sobre los dividendos externos salientes en concepto de gasto, tributando la renta resultante al 25 %, de manera tal que solamente se compensaba, aproximadamente, la cuarta parte del impuesto bajo la forma de retención practicada sobre los dividendos internos salientes por la jurisdicción fiscal de la fuente, siendo así que el perceptor de dividendos internos no sufría tributación alguna sobre los mismos. El TJUE concluyó que no cabía considerar que la restricción a la libre circulación de capitales hubiera quedado neutralizada (p. 84). Sin embargo, del análisis de la documentación relativa al otro convenio concernido (franco-neerlandés), el TJUE pudo constatar que, en relación con los ejercicios comprendidos entre los años 2000 a 2007, sí se producía la neutralización. No sucedía así en el ejercicio 2008, porque, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24, B, b), el crédito fiscal estaba sujeto a la imputación ordinaria, de manera tal que cabía la posibilidad de que la neutralización fuera tan solo parcial, correspondiendo al tribunal nacional remitente comprobar este extremo (p. 86).

En suma, si los dividendos internos no sufren imposición, el efecto neutralizador exige que la retención sea íntegramente imputada. Nótese que no se trata de que el no residente soporte una tributación igual al residente por razón de los dividendos, sino de que no soporte una tributación mayor por causa de que no pueda deducirse o, en su caso, devolverse la retención en sede de la imposición definitiva que soporta en el país de su residencia.

En *Denkavit Internacional* (Sentencia de 14 de diciembre de 2006, asunto C-170/05 –NFJ024423–), el convenio bilateral para eliminar la doble imposición aplicable (franco-neerlandés) preveía que la retención sobre los dividendos internos salientes se imputara a la cuota generada por los mismos en sede de la entidad perceptora. Pues bien, dichos dividendos, en el caso, disfrutaban de exención, de manera tal que, no habiendo cuota,

la imputación no podía realizarse. No pudiendo realizarse la imputación, el convenio bilateral no neutralizaba la restricción, en el caso a la libertad de establecimiento (p. 46 a 48).

Se alegó, adicionalmente que, de acuerdo con los principios del derecho internacional, incumbía a la jurisdicción fiscal de la residencia del perceptor de los dividendos corregir los efectos de la doble imposición, pero el TJUE, antes que ver en la misma una causa de justificación, la entendió como un subterfugio para eludir las obligaciones incumbentes de acuerdo con el tratado (p. 53).

Enseguida se advierte que este criterio supone un duro golpe al método de imputación ordinaria, pues el mismo no procura necesariamente la imputación total ni, por supuesto, la devolución de la retención. Por sí mismo, un convenio bilateral para eliminar la doble imposición no garantiza la neutralización de la diferencia de trato, aun cuando, en casos concretos, sí pueda presentarse tal neutralización.

La conclusión a la que se llega es que, si los Estados miembros desean mantener su sistema de retenciones en la fuente sobre los dividendos, deberían estar dispuestos a efectuar las devoluciones pertinentes en orden a neutralizar la diferencia de trato, lo que en la práctica implica garantizar la total imputación de la retención mediante la devolución de aquella parte de la misma que no haya podido ser compensada por causa del límite propio del sistema de imputación ordinaria.

En *Bouanich* (Sentencia de 19 de enero de 2006, asunto C-265/04 –NFJ021865–), antes comentada, el TJUE indicó, de manera temprana, que una restricción, en el caso a la libertad de movimiento de capitales, podía ser sanada por un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, en contra de lo alegado por la Comisión. A partir de aquí, el TJUE constató que la interpretación del convenio aplicable (franco-sueco), a la luz de los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, permitía deducir del importe recibido por el accionista no residente el valor nominal de las acciones, e instó al tribunal nacional para que realizase una comparación entre la tributación así definida del accionista no residente (importe recibido-valor nominal/15 %), con la del accionista residente (importe recibido-valor de adquisición/30 %).

De esta manera, reducida la base de cálculo de la retención por aplicación de lo previsto en el convenio aplicable (franco-sueco), era posible que la tributación sobre el no residente no fuera más gravosa que la tributación sobre el residente, en relación con la misma operación (p. 52 y 53).

En este caso, el convenio podía neutralizar la restricción inherente al régimen fiscal concernido, no porque la retención hubiera de imputarse en sede del perceptor de la renta, sino porque modulaba la aplicación de tal régimen fiscal, minorando la base de cálculo de la retención y, por ende, su intensidad, pudiendo reconducirlo a una igual o menor que aquella que soportaba el accionista residente.

Pero, a pesar de esta singularidad, el razonamiento subyacente es el mismo, esto es, comparar la tributación del residente con la del no residente considerando los efectos de la aplicación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición, ya deban manifestarse estos en sede de la configuración de la retención o de su imputación, o de ambas a la vez.

En *Reino de España* (Sentencia de 3 de junio de 2010, asunto C-487/08 –NFJ038558–), el TJUE apreció una restricción a la libertad de movimiento de capitales por cuanto la exención de retención respecto de los dividendos intracomunitarios se producía a partir de un porcentaje de participación del 20 %, en tanto que en los dividendos internos bastaba un porcentaje del 5 %. El TJUE advirtió que la legislación española, aun cuando adecuada a la Directiva 90/435, no por ello estaba exenta de un reproche derivado de las libertades comunitarias.

El Gobierno español alegó que la imputación de la retención en sede de la tributación del perceptor de los dividendos neutralizaba el efecto de doble imposición restrictivo provocado por la retención, pero el TJUE observó que, debido a que la imputación convenida generalmente era la ordinaria, la diferencia de trato únicamente podría neutralizarse si los dividendos se gravaban suficientemente en la otra jurisdicción fiscal, lo que no podía garantizar la jurisdicción fiscal de la entidad pagadora de los dividendos, en el caso España.

De acuerdo con las sentencias precedentes, un convenio bilateral para eliminar la doble imposición puede neutralizar la restricción derivada de una imposición mediante retención, a condición de que la misma pueda ser imputada plenamente en sede de la imposición ante la jurisdicción fiscal de la residencia del contribuyente perceptor de los dividendos (Grau Ruiz y Malherbe, 2016). Esa imputación no será posible si el dividendo externo está exento o motiva la deducción del impuesto sobre el beneficio del que procede el dividendo. En estos casos, el Estado miembro correspondiente se verá obligado a devolver el importe de la retención, en el bien entendido que solo cuando se cumpla el requisito de situación comparable y no medie una causa de justificación. También podría el Estado miembro verse obligado a una devolución parcial de la retención. De este modo, la normativa de la jurisdicción fiscal de la entidad perceptora de los dividendos, deviene decisiva en orden a apreciar el efecto neutralizador del convenio bilateral para eliminar la doble imposición, tal y como reseñó la abogada general en el asunto *Comisión v República Italiana* (Sentencia de 19 de noviembre de 2009, asunto C-540/07 –NFJ036243–) (Jabalera Rodríguez, 2010).

Seguramente, la única carta que resta a los Estados miembros para defender el sistema de retención respecto de los dividendos internos salientes, generalmente amparado por los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición concertados siguiendo el Modelo de Convenio de la OCDE, es la neutralización de la restricción derivada de los mismos mediante la imputación, en el bien entendido que, al ser esta de carácter ordinario, esa neutralización podría ser tan solo parcial. La alternativa a esta defensa es el retorno a la doble imposición intersocietaria, lo cual no sería deseable ni, de hecho, ha acaecido, a diferencia de lo acontecido en el caso de los contribuyentes personas físicas.

2.2.5. Diversidad de convenios bilaterales para eliminar la doble imposición

En *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (Sentencia de 12 de diciembre de 2006, asunto C-374/04 –NFJ024424–), el TJUE apreció que la existencia, en una misma jurisdicción fiscal, de unos convenios para evitar la doble imposición internacional que concedían un crédito fiscal respecto de los dividendos externos entrantes y de otros que no la concedían, era una situación inherente a la propia naturaleza de los convenios, lo que implicaba, a su vez, que las entidades residentes en jurisdicciones fiscales distintas no se hallaran en situación comparable (p. 91 y 92).

En *Riskin* (Sentencia de 30 de junio de 2016, asunto C-176/15 –NFJ063196–), el TJUE examinó si la diversidad de condiciones, a tenor de los distintos convenios bilaterales para evitar la doble imposición, relativas a la imputación de la retención practicada sobre los dividendos externos percibidos por los residentes, era constitutiva de una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

Desde luego, unas condiciones más exigentes podían desanimar la inversión en instrumentos de patrimonio de entidades residentes en los países concernidos, y de ahí que el TJUE entendiera que existiera una restricción (p. 25).

Sin embargo, considerando las disparidades existentes entre las distintas legislaciones nacionales, el TJUE consideró legítimo que las reglas de imputación de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición suscritos por un determinado Estado miembro pudieran ser diferentes, lo cual formaba parte del equilibrio general del respectivo convenio. Precisamente, esas disparidades determinaron que el TJUE entendiera que no eran comparables las situaciones de los accionistas residentes (Bélgica) que percibían dividendos externos procedentes de jurisdicciones fiscales distintas (p. 34), quedando así justificada la restricción.

Coincide esta doctrina con la vertida en la sentencia *D* (Sentencia de 5 de julio de 2005, asunto C-376/03 –NFJ022996–), según la cual la situación de un residente en Bélgica que tenía patrimonio en los Países Bajos no era comparable a la de un residente en Alemania que también tenía patrimonio en los Países Bajos, de manera tal que la libertad de movimiento de capitales no obligaba a conceder a este último ciertas ventajas previstas en el convenio bilateral correspondiente (belga-neerlandés). El TJUE basó su conclusión en que el convenio solo puede aplicarse a los residentes de las partes contratantes, pero no a residentes en otras jurisdicciones fiscales (p. 61).

En consecuencia, por una parte, la regulación distinta de los mecanismos para evitar la doble imposición establecida en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición suscritos por los Estados miembros no determina restricciones a las libertades comunitarias, y, por otra parte, esas libertades no obligan a extender el disfrute de las ventajas estable-

cidas en determinados convenios bilaterales para eliminar la doble imposición a personas residentes en Estados miembros distintos de los contratantes.

Sin embargo, desde una perspectiva meramente económica, es claro que la no uniformidad de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición es un elemento primordial determinante de la fragmentación de los mercados financieros.

2.3. El caso particular de los fondos de pensiones y de las instituciones de inversión colectiva

En relación con los fondos de pensiones cabe citar a *República de Portugal* (Sentencia de 6 de octubre de 2011, asunto C-493/09 –NFJ044337–), *República de Finlandia* (Sentencia de 8 de noviembre de 2012, asunto C-342/10 –NFJ049295–), *Pensioensfonds* (Sentencia de 2 de junio de 2016, asunto C-252/14 –NFJ063397–), *College Pensions* (Sentencia de 13 de noviembre de 2019, asunto C-641/17 –NFJ075478–), y respecto de sus partícipes a *Bachman* (Sentencia de 28 de enero de 1992, asunto C-204/90 –NFJ066700–), *Reino de Bélgica* (Sentencias de 28 de enero de 1992, asunto C-300/90 –NFJ079340– y de 5 de julio de 2007, asunto C-522/04 –NSJ024108–) y *Reino de Dinamarca* (Sentencia de 30 de enero de 2007, asunto C-150/04 –NFJ024885–).

En relación con las instituciones de inversión colectiva, a *Orange* (Sentencia de 20 de mayo de 2008, asunto C-194/06 –NFJ028746–), *Santander Asset Management* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), *Reino de Bélgica* (Sentencia de 25 de octubre de 2012, asunto C-387/11 –NFJ048924–), *Emerging Markets* (Sentencia de 10 de abril de 2014, asunto C-190/12 –NFJ054063–), *Fidelity Fund* (Sentencia de 21 de junio de 2018, asunto C-480/16 –NFJ070708–) y *Atkiendfonds* (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–), y, respecto de sus socios o partícipes, a *Reino de Bélgica* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-370/11), *Caster* (Sentencia de 9 de octubre de 2014, asunto C-326/12 –NFJ055737–) y *Wagner* (Sentencia de 21 de mayo de 2015, asunto C-560/13 –NFJ058298–).

Estas entidades se caracterizan por gestionar patrimonios en beneficio de sus partícipes. Para evitar el exceso de imposición que pudiera derivarse de la tributación sobre las rentas que obtienen, las distintas legislaciones les suelen conceder un régimen de exención o uno determinante de efectos análogos. Esta forma de tributación ha puesto en tela de juicio la imposición, generalmente mediante retención, de los dividendos internos salientes percibidos por esas entidades.

El TJUE ha enfocado estos casos de acuerdo con los criterios que había venido estableciendo con carácter general, de manera tal que la exención de los fondos residentes determinó que la retención de los dividendos externos salientes percibidos por fondos ex-

tranjeros diera lugar a una restricción no justificable, en la medida en que los fondos residentes y extranjeros se hallaren en situación comparable.

Ya se ha visto que, en los casos generales, la comparación se ha efectuado en función del objetivo o finalidad del régimen fiscal concernido, esto es, eliminar la doble imposición económica. En el caso de los fondos de pensiones y de las instituciones de inversión colectiva, el análisis de comparabilidad ha presentado matices relevantes, relacionados con los requisitos de aplicación del régimen fiscal.

2.3.1. Fondos de pensiones

2.3.1.1. El fondo de pensiones

En *República de Portugal* (Sentencia de 6 de octubre de 2011, asunto C-493/09 –NFJ044337–), el TJUE apreció que la retención sobre los dividendos internos salientes percibidos por fondos de pensiones extranjeros determinaba una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto los dividendos internos no tributaban a causa de la exención de los fondos de pensiones residentes, lo que vendría a desanimar la inversión de los fondos de pensiones extranjeros en las entidades residentes.

Se trata, bien se ve, del razonamiento formulado con carácter general.

La especialidad se aprecia en las causas de justificación, en particular en la concierne a la necesidad de garantizar la eficacia de los controles fiscales, aducida por el Gobierno portugués que, en realidad, envolvía el análisis de comparabilidad. Así, a juicio de dicho Gobierno, la exención de los fondos de pensiones residentes venía justificada por su función social, a cuyo efecto estaban sujetos a requisitos rigurosos en materia de gestión, funcionamiento, capitalización y responsabilidad financiera. El TJUE fue sensible a este argumento, pero indicó que del mismo no podía derivarse la justificación de plano del régimen fiscal, pues aquellos fondos extranjeros que desempeñaren la misma función y estuvieren sujetos a requisitos similares deberían disfrutar de exención respecto de la imposición sobre los dividendos internos salientes, lo que no podía darse en caso alguno, por cuanto la legislación nacional no concedía la prueba en tal sentido y, por otra parte, la comprobación de esos requisitos podía ejercitarse a través de las normas concernientes a la asistencia mutua en materia de información, de manera tal que una normativa nacional que impedía de modo absoluto que un fondo de pensiones extranjero demostrara que se ajustaba a las exigencias que le permitirían gozar de la exención por el IRC (*imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas*) si residiera en Portugal, no podía estar justificada en méritos de la eficacia de los controles fiscales (p. 46).

El efecto práctico de la argumentación del TJUE es que la retención sobre los dividendos externos salientes no debe practicarse, o debe ser devuelta, cuando el fondo de pen-

siones no residente pruebe que está sujeto a requisitos análogos a los fondos de pensiones residentes e, inversamente, que puede practicarse cuando la similitud no quede acreditada.

En *República de Finlandia* (Sentencia de 8 de noviembre de 2012, asunto C-342/10 –NFJ049295–), el mejor trato de los fondos de pensiones residentes venía dado porque los dividendos eran compensados por las provisiones técnicas, las cuales, sin embargo, no se tomaban en consideración a los efectos del impuesto, mediante retención, sobre los dividendos internos salientes, y de ahí el TJUE dedujo una restricción a la libertad de movimiento de capitales que no pudo superarse tras el análisis de comparabilidad porque, en relación con la función de las provisiones técnicas, los fondos de pensiones residentes y no residentes se hallaban en la misma posición (p. 42 y 43).

Este criterio enlaza con el más amplio del propio TJUE que considera discriminatorio no deducir, a efectos de la imposición de los no residentes, los gastos que sí son deducibles en la imposición de los residentes, en cuanto correlacionados con los ingresos.

En *College Pensions* (Sentencia de 13 de noviembre de 2019, asunto C-641/17 –NFJ075478–), el TJUE abordó un caso análogo, llegando a la misma conclusión, mediante la argumentación de rigor.

Se examinaron varias causas de justificación. Especial interés revistió la concerniente a la salvaguarda del reparto de las competencias tributarias, en el caso entre un Estado miembro y un Estado tercero. En efecto, la retención sobre los dividendos internos salientes estaba amparada por convenios para eliminar la doble imposición.

Como se expuso anteriormente, esta causa de justificación, nacida en *Marks & Spencer* (Sentencia de 13 de diciembre de 2005, asunto C-446/03 –NFJ021162–), que había suscitado la esperanza en unos y el temor en otros de que los Estados miembros pudieran conservar las normas amparadas por los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, quedó reducida, tras sentencias posteriores, a justificar aquellas medidas fiscales tendentes a evitar comportamientos que pudieran comprometer el derecho de un Estado miembro a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades desarrolladas en su territorio, confundándose así con la más veterana causa de justificación relativa a evitar el fraude y la evasión fiscales.

Esta causa de justificación no operó en el caso, por cuanto el Estado miembro concernido (Alemania) había decidido eximir en su práctica totalidad los dividendos abonados a los fondos de pensiones residentes, reiterando así el criterio recogido en varias sentencias precedentes (p. 85). En efecto, si los dividendos internos estaban exentos, la retención no podía estar dirigida a proteger la tributación de rentas derivadas de actividades realizadas en territorio alemán.

De esta manera, en el caso, Alemania podía gravar los dividendos internos salientes de acuerdo con su legislación interna y con el convenio bilateral para eliminar la doble imposición aplicable, pero la libertad de movimiento de capitales se lo impedía.

Solo quedaba, al efecto de salvar la retención, confiar en que la retención fuere imputada en sede de la imposición sobre los beneficios del fondo de pensiones extranjero, en aplicación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición correspondiente. Sin embargo, tal imputación no era posible, por cuanto el mismo estaba exento, de modo que el convenio bilateral para eliminar la doble imposición no neutralizaría la restricción.

En *Pensioensfonds* (Sentencia de 2 de junio de 2016, asunto C-252/14 –NFJ063397–), el TJUE, a la vista de un régimen fiscal que gravaba los dividendos internos salientes percibidos por fondos de pensiones no residentes mediante una retención del 15 %, mientras que los fondos de pensiones residentes tributaban al 15 % sobre los rendimientos netos anuales estimados de su patrimonio, apreció una restricción a la libertad de movimiento de capitales, aun cuando el peor trato para los no residentes en un ejercicio pudiera ser compensado considerando varios ejercicios. Sin embargo, el análisis de comparabilidad reveló que, tomando en consideración los objetivos del régimen fiscal aludido, los fondos de pensiones residentes y no residentes no se hallaban en situación comparable.

El objetivo del régimen fiscal relativo a los fondos de pensiones residentes era crear una tributación neutra e independiente de la coyuntura sobre el rendimiento de los diferentes tipos de activos financieros, así como de todas las formas de ahorro para jubilación, lo que se conseguía gravando un rendimiento calculado estimativamente sobre el neto patrimonial del fondo de pensiones residente, de manera tal que, frente a esa forma de tributación, los fondos de pensiones no residentes se hallaban, en relación con la percepción de dividendos procedentes de entidades residentes, en situación diferente a los fondos de pensiones residentes.

Así pues, tomando en consideración la finalidad y objetivos del régimen fiscal en cuestión, el TJUE consideró que no convenía técnicamente a los fondos de pensiones no residentes (p. 63), de manera tal que la aplicación a los fondos de pensiones residentes y no residentes de dos métodos de tributación diferentes estaba justificada (p. 64).

Sin embargo, el TJUE observó que la base imponible de los fondos de pensiones residentes en función de un porcentaje sobre el patrimonio neto permitía tomar en consideración los denominados gastos profesionales, en tanto que la tributación de los fondos de pensiones no residentes se producía sobre los dividendos internos salientes sin tomar en consideración, por tanto, gasto alguno, y encomendó al tribunal nacional (Suecia) que comprobase este extremo, al efecto de conceder, en su caso, a los fondos de pensiones no residentes un tratamiento equivalente (p. 64).

Las sentencias comentadas guardan una línea de continuidad con las relativas a las retenciones sobre dividendos internos salientes cuando los dividendos internos están exentos o gozan de un régimen similar. Sin embargo, el análisis de comparabilidad revistió una singularidad.

En efecto, lo relevante fue la similitud de funciones y de régimen de funcionamiento de los fondos de pensiones, residentes y no residentes, pues esas funciones y ese régimen de funcionamiento eran los que determinaban un régimen fiscal beneficioso. No obstante, si la exención de los dividendos o su tributación privilegiada en sede de los fondos de pensiones residentes, respondieran a la técnica general de la eliminación de la doble imposición económica, esas funciones y ese régimen de funcionamiento serían irrelevantes a los efectos del análisis de comparabilidad. Así, una exención subjetiva hallará su fundamento en esas funciones y régimen de funcionamiento, en tanto que una exención de los dividendos internos lo hallará en la técnica general de eliminación de la doble imposición económica. Ahora bien, si el fondo de pensiones no residente no es homologable al fondo de pensiones residente, deberá ser contemplado como un contribuyente más, de manera tal que, eventualmente, podrá ser admitido al análisis de comparabilidad que descansa en la posición en relación con los objetivos del régimen de la eliminación de la doble imposición económica.

2.3.1.2. Los partícipes

La tributación de los partícipes se ha centrado en la pertinencia de la deducción de las primas pagadas por residentes a fondos de pensiones no residentes.

En *Bachman* (Sentencia de 28 de enero de 1992, asunto C-204/90 –NFJ066700–) y *Reino de Bélgica* (Sentencia de 28 de enero de 1992, asunto C-300/90 –NFJ079340–), el TJUE apreció que la no deducción de primas pagadas a entidades aseguradoras no residentes, en el seguro de ahorro, restringía la libertad de circulación de trabajadores, pero entendió que estaba justificada para preservar la coherencia del sistema fiscal, ya que existía una relación directa entre deducción, o no, de primas, y tributación, o no, de prestaciones.

En *Reino de Bélgica* (Sentencia de 5 de julio de 2007, asunto C-522/04 –NSJ024108–), el TJUE, ante una cuestión similar, no entró en el examen de la causa de justificación antedicha, al no haber sido alegada. Finalmente, en *Reino de Dinamarca* (Sentencia de 30 de enero de 2007, asunto C-150/04 –NFJ024885–), ante una legislación que, simplemente, excluía de la deducción a las primas pagadas a fondos de pensiones no residentes, el TJUE no apreció la coherencia como causa de justificación.

La Comisión fijó su posición en su comunicación al Consejo y al Parlamento (COM 2001, 214 final), indicando que las libertades garantizadas por el tratado se oponían a un tratamiento dispar de las primas pagadas a sistemas de aseguramiento según cuál fuere la residencia de la entidad aseguradora, y recomendó una fiscalidad homogénea basada en el sistema de deducción de las contribuciones, no gravamen de las rentas acumuladas y gravamen de las prestaciones, incluso cuando la deducción y tributación se produjere en Estados miembros distintos, lo que ya acontece así en buena parte en virtud de las normas de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición.

2.3.2. Instituciones de inversión colectiva

2.3.2.1. La institución de inversión colectiva

En todas las sentencias, el TJUE apreció una restricción a la libertad de movimiento de capitales a causa de la retención practicada sobre los dividendos internos salientes, cuando los dividendos internos no la sufrían o era devuelta. El núcleo del debate se produjo en sede del análisis de comparabilidad.

En *Santander Asset Management* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), el TJUE apreció una restricción a la libertad de movimiento de capitales por cuanto los dividendos internos salientes sufrían retención, en tanto que los dividendos internos estaban exentos, de manera tal que esa diferencia de trato fiscal podía disuadir, por una parte, a las instituciones de inversión colectiva no residentes de realizar inversiones en residentes y, por otra, a los inversores residentes de adquirir participaciones en instituciones de inversión colectiva no residentes. Ya se ha comentado anteriormente el impacto de ese binomio sobre las decisiones de inversión.

En punto al análisis de comparabilidad, el tribunal remitente inquirió si también debía tomarse en cuenta la tributación de los partícipes lo que, a juicio del Gobierno concernido, así era pertinente, por cuanto los fondos de inversión eran meros vehículos de las inversiones de sus socios o partícipes. El TJUE no fue sensible a este argumento, porque, a su entender, si un Estado miembro opta por ejercer su potestad tributaria sobre los dividendos abonados por sociedades residentes basándose únicamente en el lugar de residencia de los fondos de inversión beneficiarios, la situación fiscal de los partícipes de estos carecerá de pertinencia a efectos de apreciar si dicha normativa tiene carácter discriminatorio (p. 28) pero es que, además, los fondos de inversión residentes (Francia) no estaban obligados a distribuir beneficios ni la exención de la que disfrutaban estaba supeditada a la distribución (p. 30).

Se notará que si, a juicio del TJUE, hubiera sido pertinente tomar en consideración la tributación de los socios o partícipes, se hubiera constatado que existía un gravamen para los socios o partícipes residentes, si bien solo en el momento del reembolso de la participación, de manera tal que, habiendo tributación de los residentes, decaería la discriminación.

El Gobierno francés también alegó que en la imposición personal de los socios o partícipes del fondo de inversión no residente, ya en el momento del reembolso de la participación o en otro anterior por imputación, según la legislación nacional aplicable, habría de deducirse la retención por aplicación del convenio bilateral para eliminar la doble imposición correspondiente, con lo cual estos socios o partícipes no sufrirían un exceso de imposición. Sin embargo, el TJUE insistió en que la fiscalidad de los socios o partícipes era irrelevante.

Adicionalmente, el TJUE indicó que, si bien ciertos convenios bilaterales para evitar la doble imposición preveían la imputación de la retención en sede de los socios o partícipes,

de ello no podía deducirse que, a efectos del análisis de comparabilidad, hubiera de tenerse en cuenta la situación fiscal de dichos socios o partícipes (p. 35 a 38). En suma, habida cuenta del criterio de distinción establecido por la normativa concernida, basado únicamente en el lugar de residencia de las instituciones de inversión colectiva, había de tomarse en cuenta la situación de las mismas, pero no la de sus socios o partícipes (p. 39).

El TJUE rechazó la causa de justificación de la necesidad de garantizar el reparto equilibrado de los ingresos fiscales pues, aun cuando la retención estuviera amparada por un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, el Estado miembro había decidido no gravar a los fondos de inversión residentes por los dividendos que los mismos percibían (p. 48), así como la de mantener la coherencia del régimen fiscal, por cuanto la exención de los dividendos internos en sede del fondo de inversión residente no estaba supeditada a una ulterior redistribución a los socios o partícipes que determinase una tributación de aquellos dividendos que compensara la exención (p. 52). Es interesante esta precisión del TJUE porque de la misma cabe inferir que tal causa de justificación hubiere operado si la exención del fondo de inversión estuviese supeditada a la redistribución de la renta a favor de sus socios o partícipes.

En *Reino de Bélgica* (Sentencia de 25 de octubre de 2012, asunto C-387/11 –NFJ048924–), el TJUE apreció una restricción a la libertad de movimiento de capitales provocada por un régimen fiscal en cuya virtud las retenciones sobre intereses y dividendos eran devueltas a las instituciones de inversión colectiva residentes a causa de la exención de las mismas, en tanto que las retenciones practicadas respecto de las instituciones de inversión colectiva extranjeras constituían una imposición definitiva.

En el análisis de comparabilidad, el TJUE consideró que la normativa de exención tenía por objeto evitar la doble imposición, a la que, justamente, estaban abocadas las instituciones de inversión colectiva no residentes por causa de la retención, de manera tal que, frente a esa legislación, estaban en situación comparable a las residentes (p. 50 y 51). A estos efectos, el TJUE entendió irrelevante que ciertos fondos de inversión fueran transparentes (p. 61) y no tomó en consideración la tributación de los socios o partícipes, pues el distinto régimen fiscal de los fondos de inversión, según que fueran residentes o no residentes, derivaba del lugar de su residencia (p. 67).

El TJUE examinó la posible neutralización de la restricción mediante los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, lo que requeriría la completa imputación de la retención contra la imposición del fondo de inversión ante la jurisdicción fiscal de su residencia (p. 55) lo que, sin embargo, no había quedado demostrado por el Estado miembro concernido (Bélgica).

En *Emerging Markets* (Sentencia de 10 de abril de 2014, asunto C-190/12 –NFJ054063–), el TJUE apreció, por las mismas razones que en *Santander Asset Management* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), una restricción a la libertad de movimiento de capitales provocada por un régimen fiscal que no gravaba los dividendos percibidos por los fondos de inversión residentes y sujetaba a imposición,

mediante retención, a los dividendos percibidos por fondos de inversión no residentes, en el caso residentes en un Estado tercero (Estados Unidos).

En el análisis de comparabilidad, el TJUE desestimó el argumento de que los fondos de inversión residentes (Polonia) se sujetaban a la Directiva 85/611/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), en tanto que los no residentes no lo hacían, porque, de una parte, ese argumento privaría de toda eficacia a la libertad de movimiento de capitales (p. 66 y 67) y, de otra, el criterio de distinción del régimen fiscal aplicable a los fondos de inversión era, exclusivamente, la residencia de los mismos (p. 68). Lo únicamente relevante, por tanto, fue que, frente al objetivo y finalidad de la normativa de exención para los fondos de inversión residentes, consistente en evitar un exceso de imposición derivado de la interposición del fondo de inversión entre los inversores finales y las entidades emisoras de los correspondientes instrumentos de patrimonio, los fondos de inversión residentes y no residentes se hallaban en la misma situación. Por tanto, los dividendos internos de salida eran merecedores de la exención en méritos del principio de libertad de movimiento de capitales.

En el análisis de las causas de justificación cobró relevancia la de los controles fiscales, ya que el fondo de inversión concernido residía en un Estado tercero, por tanto, ajeno a los instrumentos jurídicos de asistencia mutua administrativa propios de la UE. La autoridad fiscal nacional (polaca), en efecto, había de tener constancia de que la entidad no residente era una institución de inversión colectiva, a cuyo efecto la misma debía presentar un conjunto de pruebas susceptibles de comprobación mediante la colaboración con la autoridad fiscal extranjera correspondiente (norteamericana) lo que, a juicio del TJUE, era posible en virtud del marco de cooperación derivado del artículo 23 del convenio bilateral (polaco-norteamericano) para evitar la doble imposición y del artículo 4 del Convenio elaborado por la OCDE y el Consejo de Europa, firmado en Estrasburgo el 25 de enero de 1988, sobre la asistencia administrativa mutua en materia fiscal (p. 86).

Se alegó la necesidad de mantener la coherencia del sistema fiscal y el reparto equilibrado de los ingresos fiscales. El TJUE respondió en términos similares a como ya lo había hecho en *Santander Asset Management* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), y puntualizó que los mismos eran también aplicables respecto de situaciones extracomunitarias.

En *Fidelity Fund* (Sentencia de 21 de junio de 2018, asunto C-480/16 –NFJ070708–), el TJUE apreció, por las mismas razones que en *Santander Asset Management* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–), una restricción a la libertad de movimiento de capitales.

En el análisis de comparabilidad, el TJUE hubo de afrontar que la exención a favor del fondo de inversión residente estaba supeditada a la distribución o imputación de benefi-

cios a sus socios o partícipes y a la práctica de una retención, pero no le concedió trascendencia, por cuanto, de una parte, el fondo de inversión no residente podía tener socios o partícipes en el Estado miembro de referencia (Dinamarca), de manera tal que podrían ser gravados; y, de otra, que siendo cierto que no se podría gravar a los socios o partícipes no residentes, a diferencia de lo que acontecía respecto de los residentes, tal imposibilidad era coherente con la lógica del desplazamiento de la carga impositiva desde el fondo de inversión al socio o partícipe (p. 62).

Este razonamiento es discutible. En efecto, de lo que se trata no es de que Dinamarca pretenda gravar a los socios o partícipes no residentes del fondo de inversión no residente. De lo que se trata es de comparar los fondos de inversión residentes y no residentes. Así, si los fondos de inversión residentes para acceder al régimen de exención deben distribuir beneficios o imputarlos a sus socios o partícipes, el fondo de inversión no residente también debería estar legalmente sujeto a esa obligación o, cuando menos, materialmente cumplirla, a los efectos de la comparación. Si, por el contrario, el fondo de inversión no residente es de acumulación, no estará en situación comparable al fondo de inversión residente que disfruta de exención. Nótese que la distribución es, justamente, lo que convierte al fondo de inversión en un vehículo, de manera tal que, si la fiscalidad danesa responde a esa consideración, el fondo de inversión no residente de acumulación no sería comparable al fondo de inversión residente.

No prosperó la causa de justificación del reparto equilibrado de la potestad tributaria, pues la retención sobre los dividendos internos salientes no tenía por objeto combatir conductas contrarias a que la jurisdicción fiscal concernida (Dinamarca) pudiera recaudar los tributos correspondientes a actividades realizadas en su territorio, por cuanto aquella había decidido no gravar los dividendos internos (p. 71), a lo que el TJUE añadió que los dividendos satisfechos a los fondos de inversión no residentes por las entidades residentes habían tributado ya ante la jurisdicción fiscal concernida (Dinamarca) como parte de la base imponible del impuesto sobre beneficios soportado por las mismas (p. 72) lo que, en el fondo, era una suerte de enmienda a la totalidad respecto de la tributación de los dividendos transfronterizos según los criterios del Modelo de Convenio de la OCDE. No en vano, el gobierno británico y el danés señalaron que, en caso de no prevalecer la causa de justificación, la jurisdicción fiscal concernida (Dinamarca) habría de renunciar a un derecho de imposición conferido por un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

El TJUE apreció la causa de justificación de la coherencia del sistema fiscal, por cuanto había un vínculo directo entre la exención del fondo de inversión residente y la tributación, mediante retención, de sus socios o partícipes, inherente a la obligación de distribución o imputación. Sin embargo, entendió que el principio de proporcionalidad se cumpliría perfectamente liberando de retención o eximiendo a los dividendos percibidos por los fondos de inversión no residentes a condición de que las autoridades fiscales concernidas (danasas) se aseguraran de que los mismos liquidaran, ante la jurisdicción fiscal de su residencia, un impuesto equivalente al importe que los fondos de inversión residentes debían girar, como

retención fiscal, respecto de los beneficios obligatoriamente distribuidos o imputados a sus socios o partícipes (p. 84).

En *Atkiendfonds* (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–), el TJUE se enfrentó a un régimen fiscal que establecía una retención sobre los dividendos pagados por las entidades residentes (Países Bajos), la cual sería devuelta a los fondos de inversión residentes que, por cumplir ciertos requisitos, estuvieran exentos. Estos requisitos eran la distribución de los beneficios a sus socios o partícipes en el plazo de ocho meses y la amplia difusión de las participaciones con identificación de los socios o partícipes. Bajo el cumplimiento de esos mismos requisitos, los fondos de inversión no residentes también tenían derecho a la devolución de la retención.

El TJUE apreció que, por imperativo de la libertad de movimiento de capitales, los fondos de inversión no residentes tenían derecho a la devolución de la retención con tal de que cumplieran con los mismos requisitos que se imponían a los fondos de inversión residentes para disfrutar de la exención, y examinó si tales requisitos podían ser, razonablemente, cumplidos por los fondos de inversión extranjeros. Ese examen envolvía, realmente, el análisis de comparabilidad.

Así, por lo que se refería al requisito de redistribución, el TJUE, entendiendo que su objeto y finalidad era desplazar la tributación hacia los socios o partícipes, concluyó que un fondo de inversión residente que realiza una distribución efectiva de sus beneficios y un fondo de inversión no residente cuyos beneficios no se reparten, pero que se consideran distribuidos y son gravados, como tales, en la tributación personal de los socios o partícipes mediante la pertinente imputación, se hallan en una situación objetivamente comparable por cuanto, en uno y otro caso, la tributación se desplaza desde el fondo de inversión al partícipe (p. 81). En sentido contrario, si el fondo de inversión no residente no estuviera sujeto a la obligación de distribución o al régimen de imputación, no estaría en situación comparable.

En relación con el requisito de difusión, en el periodo 2002-2006, las participaciones o bien debían cotizar en la Bolsa de Ámsterdam y no pertenecer en más del 25 % a una sola persona física o bien, si no cotizaban, el 75 % de las acciones debía pertenecer a entidades no lucrativas o a personas físicas, pero sin que ninguna de ellas pudiera tener el 5 % o más; y en el periodo 2007, las acciones debían estar admitidas a negociación en un mercado de instrumentos financieros legalmente regulado, que permitiera al fondo de inversión conocer la identidad de sus inversores.

Respecto del periodo 2002-2006, el TJUE reenvió la cuestión a la apreciación del tribunal nacional remitente (neerlandés), al objeto de que verificase si el requisito relativo a los partícipes que, como se ha indicado, estaba basado en la cotización de las participaciones del fondo de inversión en la Bolsa de Ámsterdam, por su naturaleza o de hecho solo podía ser satisfecho por los fondos de inversión residentes, mientras que los fondos de inversión

no residentes cuyas acciones y participaciones no cotizaban en la Bolsa de Ámsterdam, sino en alguna otra, no lo cumplían (p. 58).

Respecto del periodo 2007, el TJUE consideró que la prueba del cumplimiento de los requisitos relativos a la amplitud y difusión de las participaciones correspondía al fondo de inversión no residente pero, en el caso concreto, no podía satisfacerla, no porque esos requisitos fueran en exceso complejos u orientados exclusivamente a los fondos de inversión residentes (neerlandeses), sino porque el sistema de negociación de participaciones elegido por el fondo de inversión no residente no le permitía conocer a los titulares de las participaciones (p. 64 a 66).

El fondo de inversión no residente estaba sujeto a la Directiva 2009/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (Directiva 2009/65), pero esto fue irrelevante. Lo decisivo fue que no podía probar el requisito de amplia difusión de la participación por causa imputable al sistema de negociación por él elegido, en tanto que los fondos residentes sí podían hacerlo.

En esta sentencia, a diferencia de las precedentes, el cumplimiento de los requisitos que habilitaban la exención jugó un papel fundamental. No solo fue relevante la posición comparable de los fondos de inversión residentes y no residentes frente al objeto y finalidad del régimen fiscal concernido, sino que también lo fueron los requisitos necesarios para disfrutar del mismo, de manera tal que los fondos de inversión no residentes que los cumplieran tendrían, por imperativo de la libertad de movimiento de capitales, derecho a dicho régimen fiscal, en el caso la exención y la consiguiente devolución de la retención sufrida sobre los dividendos internos salientes, en el bien entendido de que tales requisitos habrían de ser de posible cumplimiento por los fondos de inversión no residentes.

Con la sentencia *Atkiendfonds* (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–), el TJUE sitúa el análisis de comparabilidad en sede de los requisitos que deba cumplir la institución de inversión colectiva residente para disfrutar del régimen fiscal especial determinante, entre otros aspectos, de la exención de los dividendos, de manera tal que la institución de inversión colectiva no residente estará en situación comparable si cumple dichos requisitos. De esta manera, una diferencia de tributación entre los fondos de inversión residentes y no residentes no será determinante de una restricción si los segundos no cumplen los requisitos exigidos a los primeros. Esos requisitos, por ejemplo, la difusión de las participaciones, la cotización de las mismas en mercados organizados, la obligación de redistribución y cualesquiera otras a tenor de la legislación nacional son los que habilitan el régimen fiscal especial beneficioso y, por tanto, su cumplimiento determina la situación comparable.

Ahora bien, al igual que se ha comentado respecto de los fondos de pensiones, los fondos de inversión no residentes que no cumplan con esos requisitos tal vez puedan, en cuan-

to contribuyentes que son, estar en situación comparable con los contribuyentes residentes distintos de los fondos de inversión. Así sucederá cuando estos contribuyentes, por ejemplo, disfruten de una exención sobre los dividendos internos en orden a evitar la doble imposición, ya que frente a ese objetivo los contribuyentes no residentes se hallan en situación comparable, según la doctrina del TJUE, habida cuenta de que la retención crea doble imposición.

Así, si proyectamos estos criterios sobre la legislación española, los fondos de inversión extranjeros que no cumplan con el requisito de tener 100 o más socios o partícipes no estarían en situación comparable respecto de los fondos de inversión españoles, pero sí podrían estarlo, en relación con los dividendos pagados por entidades residentes en territorio español que, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (Ley 27/2014), disfrutaran de exención. En tal caso, la retención habría de ser devuelta, si bien no es claro si los fondos de inversión extracomunitarios podrían acceder a esa devolución por cuanto el artículo 21 contempla participaciones significativas, de manera tal que la libertad concernida podría ser la de establecimiento y no la de movimiento de capitales. Más adelante se desarrolla esta materia.

En *Orange* (Sentencia de 20 de mayo de 2008, asunto C-194/06 –NFJ028746–), el TJUE apreció que la libertad de movimiento de capitales se oponía a que los fondos de inversión residentes, que tributaban en régimen de exención, percibieran una compensación por razón de las retenciones sufridas sobre los dividendos externos entrantes ante otras jurisdicciones fiscales con las que existía un convenio bilateral para evitar la doble imposición, por cuanto podía disuadirles de realizar inversiones en entidades residentes en jurisdicciones fiscales con las que no existiera tal convenio.

Sin embargo, considerando que el objeto y finalidad de la medida fiscal era que a los inversores les fuera indiferente invertir de manera individual o colectiva, el TJUE apreció que el trato diferente era congruente, por cuanto frente a ese objetivo y finalidad, los dividendos no se hallaban en situación objetivamente comparable. Por otra parte, la mayor carga fiscal soportada por los dividendos procedentes de jurisdicciones fiscales sin convenio era provocada por la retención practicada por las mismas, pero no por la de la residencia del fondo de inversión (Países Bajos), que eximía a las dos clases de dividendos (p. 61 a 63). De esta manera, la restricción quedaba superada.

Con todo, se observará que el régimen fiscal de compensación fragmentaba el mercado de capitales en relación con las inversiones de los fondos inversión.

Sin embargo, la supresión de la compensación en la parte correspondiente a los socios o partícipes no residentes de los fondos de inversión determinaba, a juicio del TJUE, una restricción que no podía superarse en función del objetivo y finalidad mencionados, y que tampoco estaba justificada por la coherencia del sistema fiscal bajo el argumento de que la compensación estaba relacionada con la posterior tributación del dividendo en sede de los socios o partícipes, ya que también los no residentes tributaban, mediante retención.

2.3.2.2. Los partícipes

En *Reino de Bélgica* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asunto C-370/11), el TJUE apreció que la tributación de las plusvalías derivadas del reembolso de participaciones en fondos de inversión del EEE mientras que las de los fondos de inversión residentes estaban exentas, determinaba la existencia de una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto desanimaría a los inversores residentes (Bélgica) a tomar participaciones en fondos de inversión extranjeros. No se examinaron causas de justificación.

En *Caster* (Sentencia de 9 de octubre de 2014, asunto C-326/12 –NFJ055737–), el TJUE apreció que calcular en el 6 % del valor liquidativo los ingresos derivados de participaciones sobre fondos de inversión extranjeros que no aportaban información en los mismos términos que lo hacían los fondos de inversión residentes, sin admitir pruebas respecto del verdadero importe de aquellos ingresos, determinaba una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto la tributación forfataria podía ser más gravosa que la efectiva, lo que disuadiría a los inversores residentes (Alemania) a tomar participaciones sobre fondos de inversión extranjeros.

El TJUE profundizó en el análisis de la causa de justificación de los controles fiscales en asociación con la de garantizar la eficacia de la recaudación.

La necesidad de obtener una información suficiente para liquidar correctamente el tributo fue apreciada como causa de justificación. Sin embargo, el TJUE entendió que una normativa que rechazaba cualquier medio de prueba distinto del previsto respecto de los fondos residentes era desproporcionada, máxime considerando que ese medio de prueba estaba concebido respecto de las rentas derivadas de las participaciones mantenidas en aquellos (p. 48 y 49). Indicó el TJUE que no cabía excluir que los partícipes de los fondos de inversión extranjeros pudieran aportar los justificantes que permitieran a las autoridades fiscales comprobar, de manera clara y precisa, la información exigida para determinar correctamente el importe de los rendimientos de los fondos de inversión obtenidos por el partícipe (p. 50), particularmente en el ámbito comunitario, habida cuenta de la normativa sobre asistencia mutua en materia administrativa. Inversamente, la causa de justificación hubiera prosperado si la normativa concernida hubiera permitido al contribuyente aportar las pruebas necesarias para evaluar sus rendimientos efectivos (p. 57).

En el mismo sentido *Wagner* (Sentencia de 21 de mayo de 2015, asunto C-560/13 –NFJ058298–).

2.4. Dividendos afectos a la Directiva matriz-filial

Sobre la Directiva 90/435, posteriormente sustituida por la Directiva 2011/96/UE, del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades

matrices y filiales de Estados miembros diferentes (refundición) (Directiva 2011/96), han versado las sentencias *Denkavit*, *Vitic* y *Voormer* (Sentencia de 17 de octubre de 1996, asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94 –NFJ002240–), *Epson* (Sentencia de 8 de junio de 2000, asunto C-375/98 –NFJ079345–), *Océ* (Sentencia de 25 de septiembre de 2003, asunto C-58/01 –NFJ014941–), *Burda* (Sentencia de 26 de junio de 2008, asunto C-284/06 –NFJ029155–), *Les Vergers* (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-48/07 –NFJ031283–), *Cobelfret* (Sentencia de 12 de febrero de 2009, asunto C-138/07 –NFJ031339–), *Bank KBC y Beleggen* (Auto de 4 de junio de 2009, asuntos acumulados C-439/07 y C-499/07 –NFJ079352–), *Gaz France* (Sentencia de 1 de octubre de 2009, asunto C-247/08 –NFJ035247–), *Ferrero y Beverage* (Sentencia de 24 de junio de 2010, asuntos acumulados C-338/08 y C-339/08 –NFJ038926–), *Punch Graphics* (Sentencia de 18 de octubre de 2012, asunto C-371/11 –NFJ048730–), *X (BE)* (Sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-68/15 –NFJ066589–), *Wereldhave* (Sentencia de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15 –NFJ065784–), *Eqion* (Sentencia de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16 –NFJ067536–), *Argenta* (Sentencia de 26 de octubre de 2017, asunto C-39/16 –NFJ068395–), *Afep* (Sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-365/16 –NFJ066586–), *Danmark Aps* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 –NFJ072655–), *Deister y Juhler* (Sentencia de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16 –NFJ069234–), *GS* (Auto de 14 de junio de 2018, asunto C-440/17), *Brussels Securities* (Sentencia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-389/18 –NFJ075720–) y *GVC* (Sentencia de 2 de abril de 2020, asunto C-458/18 –NFJ077050–).

El objetivo de la Directiva matriz-filial fue establecer un régimen común relativo a los dividendos intracomunitarios, procedentes de participaciones significativas, que procurase la eliminación de la doble imposición económica a través del método de exención o de imputación, así como mediante la supresión de las retenciones relativas a aquellos.

La jurisprudencia del TJUE relativa a los dividendos internos salientes ha rebajado la importancia de esta directiva ya que, como se ha visto, cuando el Estado miembro correspondiente tuviere establecido un método para eliminar la doble imposición económica respecto de los dividendos internos, la libertad de establecimiento impondría la aplicación del mismo y la supresión de la retención. Por la misma razón, la perfecta transposición de la directiva no garantiza que no puedan surgir pretensiones fundamentadas en las libertades comunitarias respecto de dividendos inherentes a situaciones distintas de las amparadas por la directiva. En cualquier caso, lo anterior no desmerece el esfuerzo armonizador de la directiva (Calderón Carrero y Martín Jiménez, 2019, pp. 182 y ss.), ya que el tratamiento de los dividendos internos por parte de los Estados miembros no tiene, necesariamente, que estar basado en la eliminación de la doble imposición económica.

2.4.1. Requisitos de acogimiento

La Directiva 2011/96 se aplica según los dividendos intracomunitarios que reúnen ciertos requisitos. El TJUE se ha pronunciado respecto de algunos de ellos.

2.4.1.1. Tiempo de tenencia de la participación

En *Denkavit, Vitic y Voormer* (Sentencia de 17 de octubre de 1996, asuntos acumulados C-283/94, C-291/94 y C-292/94 –NFJ002240–), el TJUE interpretó que el requisito de tiempo de tenencia de la participación, previsto en el artículo 3.2 b) de la Directiva 90/435 a modo de opción concedida a los Estados miembros, podía cumplirse después de la distribución del dividendo. Algunos Estados miembros, entre ellos Alemania y España, habían interpretado que el plazo debía estar ya cumplido en dicho momento, contando con el amparo de las deliberaciones habidas en el Consejo, pero el TJUE les negó valor y apadrinó una interpretación literal de la norma, observando que la posibilidad de establecer un tiempo de tenencia de la participación se expresaba a través de una fórmula condicional o subjuntiva que, desde luego, no permitía entender que el referido tiempo hubiera debido transcurrir en el momento del pago del dividendo. Por el contrario, tal tiempo se podría completar en un momento posterior.

Sin embargo, como quiera que el tiempo de tenencia de la participación era un instrumento para evitar una forma de fraude conocida como el lavado del dividendo, el TJUE interpretó que los Estados miembros podrían practicar la retención aun cuando no se hubiera cumplido el tiempo de tenencia en el momento de la distribución del dividendo, debiendo devolverla una vez cumplido el plazo.

Sin embargo, el TJUE, pese a reconocer el efecto directo de la norma armonizadora, entendió que no concurrían los requisitos determinantes de la responsabilidad por incumplimiento de los Estados miembros, esto es, que la norma confiriese derechos a los particulares, que la violación estuviere suficientemente caracterizada, y que existiere una relación directa entre infracción y daño.

2.4.1.2. Forma jurídica

En *Gaz France* (Sentencia de 1 de octubre de 2009, asunto C-247/08 –NFJ035247–), el TJUE entendió que la directiva no era aplicable a una entidad constituida en Francia (*société par actions simplifiée*) a pesar de tener una naturaleza análoga a aquellas que estaban expresamente mencionadas en el anexo, rechazando así la inclusión por analogía.

Sin embargo, el TJUE fue sensible a la discriminación que ello podía suponer, de manera tal que, aunque los Estados miembros solo estuvieran obligados a conceder los beneficios fiscales de la Directiva 90/435 a las entidades enumeradas en el anexo, el cumplimiento de esa obligación no les eximía del deber de dar un trato igual a las entidades no residentes que, respecto del régimen fiscal de los dividendos, se hallaren en situación comparable con las residentes.

En *Punch Graphics* (Sentencia de 18 de octubre de 2012, asunto C-371/11 –NFJ048730–), el TJUE interpretó que la fusión por absorción de carácter impropio no podía ser subsumida bajo el concepto de liquidación, de manera tal que a las rentas puestas de manifiesto en

aquella no les afectaba la exclusión prevista en el artículo 4.1 de la directiva. Adicionalmente, por lo que se refiere a la plusvalía de fusión, ha de recordarse que la Directiva 90/434/CEE, del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro, prevé su exención, bajo el cumplimiento de determinados requisitos.

En *GVC* (Sentencia de 2 de abril de 2020, asunto C-458/18 –NFJ077050–), el TJUE abordó la cuestión de la aplicación de la directiva a las entidades residentes en Gibraltar.

A la sazón, Gibraltar constituía un territorio europeo cuyas relaciones exteriores eran asumidas por el Reino Unido, de manera tal que se aplicaba el Derecho de la UE, según lo previsto en el artículo 355.3 del TFUE. Por otra parte, la declaración 55 del TFUE, formulada por el Reino de España y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, establecía que los tratados se aplicarían a Gibraltar en cuanto territorio europeo cuyas relaciones exteriores asumía un Estado miembro, sin que ello supusiera modificación alguna de las respectivas posiciones de España y el Reino Unido sobre Gibraltar.

Sin embargo, por lo que estrictamente se refería a la directiva, el TJUE entendió que las sociedades constituidas en Gibraltar y sujetas al IS no estaban comprendidas en los conceptos de «sociedades constituidas de conformidad con el Derecho del Reino Unido» y «*corporation tax* en el Reino Unido». Esta interpretación excluía a las entidades constituidas en Gibraltar de los beneficios establecidos en la directiva, sin que a esta conclusión cupiera oponer lo previsto en el artículo 355.3 del TFUE ni en la declaración 55 del TFUE, concernientes a los territorios europeos cuyas relaciones exteriores eran asumidas por un Estado miembro.

2.4.1.3. Sujeción a la imposición sobre los beneficios

En *Wereldhave* (Sentencia de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15 –NFJ065784–), el TJUE interpretó que una entidad, en el caso una institución de inversión colectiva, que estaba sujeta al IS, pero que tributaba al tipo cero a condición de que distribuyera los beneficios a sus socios o partícipes, no cumplía con el requisito de sujeción sin posibilidad de opción y sin estar exenta, establecido en el artículo 2 c) de la directiva (actual art. 2.a).iii), de manera tal que no tenía derecho a la exención respecto de la imposición en el Estado miembro de la fuente.

El TJUE entendió, adicionalmente, que el tipo de gravamen cero impedía, por sí mismo, la doble imposición, de manera tal que el objetivo de la directiva ya estaba logrado, y ello a pesar de que los socios o partícipes de la institución de inversión colectiva sí estaban sujetos a tributación. Tal vez las libertades de establecimiento o de movimiento de capitales hubieran podido oponerse a la retención sobre los dividendos internos salientes, pero el TJUE no entró en esta cuestión.

La Directiva 2014/86/UE, del Consejo, de 8 de julio de 2014, modificó la Directiva 2011/96, al objeto de que los Estados miembros se abstuvieran de gravar los beneficios distribuidos «en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial».

Hasta el momento, el TJUE no se ha pronunciado sobre el problema que plantea esta cláusula, a saber, si tiene derecho a las previsiones de la directiva un dividendo que procede de un beneficio que no ha tributado efectivamente, aun cuando la entidad que lo distribuye se hallare sujeta y no exenta a la imposición sobre los beneficios.

Desde luego, si el beneficio distribuido está excluido de la base imponible por el hecho mismo de la distribución, el Estado miembro de la sociedad matriz, no solamente no estará obligado a conceder la exención sino que deberá gravarlo. Pero la respuesta no es tan clara si el beneficio distribuido no ha tributado por causa distinta (Calderón Carrero y Martín Jiménez, 2019, pp. 188 y ss.), por ejemplo, debido a la aplicación de una deducción extracontable calculada sobre el importe de los fondos propios (deducción ACE o bonificación por crecimiento e inversión, en el sentido de la propuesta de directiva sobre una base imponible común) o porque procede de una reserva que, en el momento de su creación, motivó una reducción de la base imponible (reserva de capitalización de la Ley 27/2014).

Una interpretación literal de la directiva llevaría a conceder su aplicación en estos casos, pero una interpretación desligada de la literalidad pudiera llevar, no solo a negarla, sino a entender que el Estado de la sociedad matriz está obligado a gravar ese beneficio.

La sentencia *Wereldhave* (de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15 –NFJ065784–) anima a postular la segunda interpretación, pero es lo cierto que se abriría un camino bastante incierto, ya que podría cuestionarse la aplicación de la directiva cuando mediare cualquier tipo de incentivo fiscal que hubiere llevado a una tributación nula o simbólica de los beneficios distribuidos. En el fondo, los razonamientos precedentes lo que hacen es poner en cuestión el método de exención para eliminar la doble imposición económica en una situación, como la actual, en la que la preocupación por la tributación, al menos una vez, del beneficio, está ocupando el centro de la política fiscal sobre los beneficios transfronterizos, a raíz del proyecto BEPS «Erosión de la base imponible y traslado de beneficios» y de sus repercusiones en la estrategia fiscal de la Comisión.

2.4.1.4. Usufructo

En *Les Vergers* (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-48/07 –NFJ031283–), el TJUE interpretó que las participaciones poseídas en concepto de usufructo no daban derecho a la aplicación de la Directiva 90/435 (p. 44). Sin embargo, cuando el método de eliminación de la doble imposición establecido para los dividendos internos se aplicase en caso de usufructo, el TJUE observó que las libertades del tratado obligaban a dar el mismo

trato a los dividendos externos procedentes de una sociedad de otro Estado miembro, lo que, por otra parte, era conforme con los objetivos de la Directiva 90/435 (p. 45 a 47).

2.4.2. Concepto de retención

En *Epson* (Sentencia de 8 de junio de 2000, asunto C-375/98 –NFJ079345–), el TJUE interpretó que un impuesto recaudado por Portugal con ocasión de la distribución de dividendos por parte de las sociedades filiales a sus matrices, formalmente encuadrado entre la imposición sobre el tráfico patrimonial (impuesto sobre sucesiones y donaciones), debía ser entendido como retención en origen en el sentido del artículo 5 de la directiva, por cuanto el tributo en cuestión se devengaba con ocasión del pago de dividendos, la base imponible era su importe y, en fin, el contribuyente era el titular de la participación, de manera tal que lo que pesó fue la verdadera contextura del tributo y no su denominación.

En *Athinaiki Zythopoiia AE* (Sentencia de 4 de octubre de 2001, asunto C-294/99 –NFJ011021–), el TJUE interpretó que constituía retención en origen, en el sentido del artículo 5 de la directiva, la tributación, en sede de la entidad filial y a cargo de la misma, de los beneficios previamente exentos, en la parte que correspondiera a los beneficios distribuidos, contrariando así la posición del Gobierno griego quien sostuvo que esa tributación era la propia del IS de la entidad filial. Para el TJUE fue decisivo que la tributación tuviera lugar a causa de la distribución del beneficio (p. 28)

En *Océ* (Sentencia de 25 de septiembre de 2003, asunto C-58/01 –NFJ014941–), el TJUE interpretó que un impuesto que recaía sobre el dividendo aumentado en la devolución del impuesto compensatorio, que daba origen a un crédito fiscal, de acuerdo con el convenio bilateral anglo-neerlandés, debía ser calificado como retención en origen, en el sentido de la directiva, excepto en la medida en que recaía sobre el importe del impuesto compensatorio.

No obstante, respecto de la parte de retención que fue considerada como retención en origen en el sentido del artículo 5 de la directiva, el TJUE examinó si podía tener cabida en su artículo 7.2, a cuyo tenor aquella no afecta a las disposiciones nacionales o convenidas que puedan tener por objeto suprimir o atenuar la doble imposición económica de dividendos, constatando que el citado artículo fue introducido, precisamente, en atención a la legislación británica relativa a la eliminación de la doble imposición económica.

En *Burda* (Sentencia de 26 de junio de 2008, asunto C-284/06 –NFJ029155–), el TJUE consideró que el impuesto compensatorio establecido en Alemania no constituía una retención en origen en el sentido de la directiva, por cuanto formaba parte del IS aun cuando se devengase, a cargo de la entidad filial, en el momento de la distribución del beneficio.

En *Ferrero y Beverage* (Sentencia de 24 de junio de 2010, asuntos acumulados C-338/08 y C-339/08 –NFJ038926–), el TJUE tuvo oportunidad de ratificar su doctrina respecto de los

impuestos compensatorios, en cuanto piezas de un sistema para eliminar la doble imposición económica. El impuesto compensatorio italiano o incremento de impuesto en concepto de liquidación final podía ser devuelto de acuerdo con el convenio italo-neerlandés, pero, en tal caso, tendría la consideración de dividendo y estaría sujeto a retención, debatiéndose si dicha retención era compatible con la directiva.

El conflicto no versaba sobre una posible restricción sino sobre la calificación de la devolución como dividendo a la luz de la directiva. El TJUE, sobre la base de que la directiva excluía la retención sobre las rentas derivadas de la participación, concluyó que el incremento de imposición era un tributo, no un rendimiento, que corría a cargo de la sociedad distribidora, de manera tal que, aunque el convenio bilateral lo calificara como dividendo, en realidad se trataba de la transferencia de una parte de un ingreso fiscal que derivaba de la renuncia por el Estado italiano a la percepción definitiva del mismo, de manera tal que la retención sobre dicho importe no contravenía la directiva.

Por otra parte, la devolución del incremento de impuesto y la retención sobre el importe de dicha devolución, prevista en el convenio italo-neerlandés, podía encajar en la delimitación del ámbito de aplicación de la directiva previsto en su artículo 7.2, en la medida en que dicha retención no frustrase el mecanismo para evitar la doble imposición económica previsto en el convenio bilateral.

En *X (BE)* (Sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-68/15 –NFJ066589–), el TJUE interpretó que un impuesto que gravaba los dividendos distribuidos sobre la base de la diferencia entre su importe y el de los resultados del ejercicio sujetos a tributación no tenía naturaleza de retención, por cuanto el contribuyente no era el titular de las acciones sino la entidad que distribuía el dividendo. En efecto, el impuesto en cuestión (*fairness tax*) tenía por objeto establecer una tributación mínima (5 %) sobre la base de un dividendo procedente de un beneficio que no había tributado, o lo había hecho muy débilmente, en la imposición sobre el beneficio, básicamente debido a la deducción del interés nacional, la compensación fiscal de pérdidas y otros conceptos similares.

Con esta sentencia, el TJUE completaba su doctrina respecto del concepto de retención en el sentido del artículo 5 de la directiva, y matizaba el criterio vertido en *Athinaiki Zythopoiia AE* (Sentencia de 4 de octubre de 2001, asunto C-294/99 –NFJ011021–), indicando que debe recaudarse por el Estado miembro en que resida la entidad que reparte los dividendos, que su hecho imponible es el pago de esos dividendos o de cualquier otro rendimiento de los títulos, que la base imponible es el importe del rendimiento y, en fin, que el contribuyente debe ser el tenedor de dichos títulos.

De acuerdo con esta doctrina, no debe calificarse como retención en origen la tributación, a cargo de la entidad filial, con ocasión de la distribución del beneficio. En efecto, no puede descartarse la existencia de impuestos sobre los beneficios de las sociedades que difieran el gravamen al momento de la distribución del beneficio. Estos impuestos no cons-

tituyen una retención en origen, en el sentido del artículo 5 de la directiva, por más que se devenguen a causa de la distribución del beneficio.

Tampoco deben ser calificados como retención en origen los denominados impuestos compensatorios, actualmente en retirada, pero que tuvieron presencia en ciertos Estados miembros, pues aun cuando se devengan con ocasión de la distribución del beneficio, recaen sobre la entidad filial que los distribuye y forman parte de un sistema para eliminar la doble imposición económica.

2.4.3. Método de eliminación de la doble imposición

En *Cobelfret* (Sentencia de 12 de febrero de 2009, asunto C-138/07 –NFJ031339–), el TJUE interpretó que el artículo 4.1 de la directiva se oponía a una norma (Bélgica) que excluía los dividendos intracomunitarios de la base imponible, pero solo hasta el montante de las rentas de otras fuentes, por cuanto el efecto práctico de la norma en cuestión era gravarlos, indirectamente, a través de la reducción del importe de las rentas negativas compensables, con rentas de ejercicios futuros.

El Gobierno belga alegó que esa norma también se aplicaba respecto de los dividendos internos. La igualdad de trato entre los dividendos internos e intracomunitarios era un argumento fuerte pues descartaba que la norma belga fuera discriminatoria y, además, permitía inscribirla en el ámbito de las finalidades de la directiva. Ahora bien, esto reconocido, el TJUE observó que la norma belga frustraba el principal objetivo de la directiva, esto es, la eliminación total de la doble imposición económica en el ámbito intraeuropeo, en el contexto de las relaciones matriz-filial.

En *Bankb KBC y Beleggen* (Auto de 4 de junio de 2009, asuntos acumulados C-439/07 y C-499/07 –NFJ079352–), se debatió la misma cuestión que en *Cobelfret* (Sentencia de 12 de febrero de 2009, asunto C-138/07 –NFJ031339–), pero el TJUE hubo de abordar, al hilo de la misma, si la obligación de excluir el dividendo de la renta imponible prevista en el artículo 4.1 de la directiva acarrearba la de permitir la compensación de la renta negativa con beneficios de ejercicios futuros. El TJUE observó que la directiva no obligaba a la compensación de las pérdidas derivadas de la abstención de gravar el dividendo, pero puntualizó que existiendo tal compensación en Bélgica la normativa de transposición no debía implicar una limitación a la misma. De esta manera, el TJUE parece dar a entender que, si en Bélgica no hubiera existido compensación de pérdidas con beneficios futuros, la transposición de la Directiva 90/435 hubiera sido correcta. Esto es opinable, por cuanto de esa manera no se hubiera evitado la doble imposición económica.

En *X (BE)* (Sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-68/15 –NFJ066589–), el TJUE interpretó que la normativa belga implicaba, cuando la matriz redistribuía el dividendo, la frustración de la exención prevista en el artículo 4.1 a) de la directiva, por cuanto la aplicación del

gasto a tanto alzado del 5 % del artículo 4.3 de la directiva en el eslabón o eslabones sucesivos determinaba que el gasto rebasara el límite del 5 %. El TJUE da, por tanto, una interpretación amplia del alcance de la exención. En efecto, según el TJUE la exención se proyecta respecto de los beneficios percibidos por la matriz, tanto cuando la imposición se verifique en su sede como en la de otra entidad, con ocasión de su ulterior redistribución (p. 79 y 80).

En *Afep* (Sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-365/16 –NFJ066586–), el TJUE interpretó, en línea con la sentencia *X (BE)* (Sentencia de 17 de mayo de 2017, asunto C-68/15 –NFJ066589–), que el artículo 4.1 b) de la directiva se oponía a un impuesto sobre la sociedad matriz que se devengaba cuando distribuía dividendos, si los mismos hubieren sido nutridos, a su vez, por dividendos procedentes de sociedades filiales residentes en otro Estado miembro y que, de acuerdo con la legislación francesa de transposición de la referida directiva, estaban exentos. En efecto, según el TJUE, la exención no solo procedía en el momento de la percepción de los dividendos intracomunitarios sino también en el de su ulterior redistribución (p. 31), sin que fuese relevante la calificación del gravamen que recaía en el momento de la redistribución (p. 33).

En *Argenta* (Sentencia de 26 de octubre de 2017, asunto C-39/16 –NFJ068395–), el TJUE interpretó que el artículo 4.2 de la directiva, que permite la no deducción de los gastos relacionados con la obtención de los dividendos, se oponía a una norma que negaba la deducción de intereses hasta el importe de los dividendos, por cuanto prescindía de asociar la financiación con la adquisición de las acciones (p. 44, 52 y 55). En sentido contrario, si existiera relación de causalidad, sería pertinente negar la deducción.

En *Brussels Securities* (Sentencia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-389/18 –NFJ075720–), el TJUE interpretó que el artículo 4.1 de la directiva se oponía a que la exención del dividendo se practicara antes que otras deducciones de la base imponible, señaladamente la relativa a capital-riesgo (DCR), la cual no podría hacerse efectiva, total o parcialmente, en caso de que la deducción por exención del dividendo (RGD) hubiere agotado, total o parcialmente, la base imponible, por cuanto la aplicación de los saldos pendientes de (DCR) estaban limitados a siete años. Por tanto, a juicio del TJUE, el artículo 4.1 de la directiva no solamente impone la exención del dividendo o la imputación del impuesto subyacente, sino que se instrumenten de manera tal que no obstruyan el disfrute de cualquier ventaja fiscal. Bajo tal premisa, el TJUE constató que la forma en como se practicaba la exención podría determinar la pérdida de la deducción (DCR) lo que, indirectamente, implicaría perjudicar el objetivo de eliminación de la doble imposición económica. En el caso examinado, sería preciso que la (DCR) pudiera aprovecharse ilimitadamente en el tiempo para evitar la infracción del artículo 4.1 de la directiva.

La enseñanza que se deriva de las sentencias precedentes es que, para cumplir con la Directiva 2011/96, no basta con establecer alguno de los dos métodos previstos en la misma para eliminar la doble imposición económica, sino que es preciso hacerlo de manera tal que no perturbe el disfrute de otras ventajas fiscales.

2.4.4. Norma antiabuso

En *Eqion* (Sentencia de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16 –NFJ067536–), el TJUE se pronunció en contra de la norma antiabuso francesa, la cual preveía, en caso de que la mayoría de los accionistas de la entidad perceptora de los dividendos no fueran residentes en algún Estado miembro, que la exención de retención solo procedía si se probaba que la cadena de participaciones no tenía por objetivo principal o uno de sus objetivos principales acogerse a la exención, por cuanto tal supeditación, sin que la administración estuviera obligada a aportar un principio de prueba o indicio del fraude o abuso, implicaba una presunción general de fraude o abuso, lo que iba en detrimento del objetivo perseguido por la directiva, esto es, evitar la doble imposición de los beneficios distribuidos por filiales a sus matrices (p. 36).

Para fundamentar su decisión, el TJUE recordó su doctrina concerniente a las normas antiabuso de carácter transfronterizo: su finalidad debe ser oponerse a comportamientos puramente artificiales, carentes de realidad económica, cuyo fin sea acogerse indebidamente a una ventaja tributaria; deben aplicarse mediante el análisis específico de la operación u operaciones concernidas, prescindiendo, por tanto, de criterios generales predeterminados; corresponde a la administración fiscal probar, cuando menos, la existencia de indicios de fraude o evasión fiscal; el obligado tributario ha de tener la posibilidad de combatir esos indicios mediante los medios de prueba que, racionalmente, puedan estar a su alcance, sin que ello le suponga soportar una carga desproporcionada (p. 30 a 34).

En *Deister y Juhler* (Sentencia de 20 de diciembre de 2017, asuntos acumulados C-504/16 y C-613/16 –NFJ069234–), se examinó la norma antiabuso alemana. El TJUE, tras reconocer que los Estados miembros pueden, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.2 de la Directiva 2011/96 (redacción original), establecer normas específicas para evitar el abuso o aplicar las de carácter general al mismo efecto, observó que esas normas debían ser adecuadas y proporcionadas (p. 55 y 56), recordó, al igual que en *Eqion* (Sentencia de 7 de septiembre de 2017, asunto C-6/16 –NFJ067536–), su doctrina general concerniente a las normas antiabuso de carácter transfronterizo, esto es, en síntesis, que su fin específico debía ser oponerse a comportamientos consistentes en montajes puramente artificiales carentes de realidad económica ejecutados para disfrutar, indebidamente, de una ventaja fiscal (p. 60). Ahora bien, una configuración de la norma antiabuso en tal forma requería que la misma permitiera el análisis de las circunstancias del caso, de manera tal que la Administración tributaria, con base en las mismas, aportara, cuando menos, indicios de la existencia de fraude (p. 69). La norma alemana no tenía esa estructura, puesto que, sobre la base de unas circunstancias objetivas, establecía una suerte de presunción general de fraude sin que el contribuyente pudiera aportar prueba alguna en contrario (p. 70). Es útil reproducirla al efecto de compararla con la norma antiabuso española².

² El artículo 50 d), apartado 3, de la EStG dispone que:

El TJUE también examinó la norma antiabuso desde la perspectiva de la libertad de establecimiento. El TJUE recordó que el lugar de residencia de los socios o accionistas era irrelevante en orden al disfrute de dicha libertad por parte de las entidades (p. 84), y como quiera que la norma antiabuso no se aplicaba en relación con las situaciones internas entendió que existía una restricción que no podía ser superada por la situación diversa de los dividendos internos salientes respecto de los dividendos internos, frente al objetivo de eliminación de la doble imposición económica. El TJUE rechazó la causa de justificación de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal por las mismas razones que motivaron el rechazo de la norma antiabuso específica, así como la consistente en salvaguardar el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria entre Estados miembros, por cuanto la propia directiva cumplía esa función.

Las normas antiabuso enjuiciadas en las dos sentencias precedentes y, en realidad, todas las concernientes a la Directiva 2011/96, tienen por objeto cercenar las estructuras triangulares, excluyendo de la exención de la imposición en la fuente a las sociedades matrices constituidas en un Estado miembro que no tienen la condición de beneficiario efectivo. El TJUE, obviamente, no rechazó la legitimidad de ese objeto, pero sí la forma en cómo pretendía ser conseguido. En sentencias posteriores el TJUE abundó en este aspecto.

En *Danmark Aps* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 –NFJ072655–), el TJUE, a la vista de la legislación danesa de transposición de la directiva, tuvo ocasión de profundizar en el significado del abuso del derecho en el ordenamiento comunitario (Delgado Pacheco, 2018, pp. 290 y ss.), así como en la condición de beneficiario efectivo. El supuesto de hecho que motivó la cuestión prejudicial consistió, en síntesis, en la pertinencia de aplicar la exención de retención del artículo 5 de la directiva a unos dividendos derivados de la inversión en el capital de entidades operativas residentes en Dinamarca por parte de sociedades matrices establecidas en los Estados Unidos, cuyos

Una sociedad no residente no tendrá derecho a la exención total o parcial prevista en los apartados 1 o 2 si poseen participaciones en dicha sociedad personas que, si percibieran directamente los ingresos, no tendrían derecho a la devolución o exención, siempre que:

- (1) no existan razones sólidas, ya sea económicas o de otro tipo, que justifiquen la interposición de la sociedad no residente, o
- (2) la sociedad no residente no obtenga de su propia actividad económica más del 10 % de sus ingresos brutos totales en el ejercicio de que se trate, o
- (3) la sociedad no residente no participe en el tráfico económico general con un establecimiento adecuado para su propio objeto social.

A este respecto se tendrá en cuenta exclusivamente la situación de la sociedad no residente, y no se tomarán en consideración las características relevantes, organizativas, económicas o de otro tipo, de las empresas que tengan vínculos con ella [artículo 1, apartado 2, de la *Außens-teuergesetz* (Ley de fiscalidad exterior)]. Se considerará que no existe actividad económica propia si la sociedad no residente obtiene sus ingresos brutos de la administración de activos o si cede a terceros sus principales operaciones comerciales. [...]

accionistas, en su mayor parte, residían en ese Estado tercero, realizadas mediante entidades constituidas en Luxemburgo y Chipre (Calderón Carrero, 2019).

Dinamarca no había establecido una norma antiabuso específica respecto de la aplicación de la directiva, pero sus tribunales de justicia habían acuñado, con carácter general, la doctrina de la sustancia del fondo sobre la forma, así como el concepto de beneficiario efectivo.

El TJUE indicó que, aun sin existir una norma en el ordenamiento comunitario relativa al abuso del derecho, la prohibición del mismo se fundamentaba en un principio general (p. 70 y 71). El abuso se manifiesta a través de un conjunto de indicios derivados de las circunstancias específicas de las operaciones concernidas. Así, la obtención de un resultado que no se avenga con la finalidad de la normativa afectada, en el caso la Directiva 90/435 (p. 76), y la utilización de actos, operaciones o negocios artificiosos carentes de justificación económica o comercial con la finalidad de obtener una ventaja fiscal (p. 97 y 98).

En el caso de la exención de retención prevista en el artículo 5 de la directiva, el abuso podría venir por la vía de la constitución de sociedades instrumentales intermedias constituidas en Estados miembros que no retengan sobre los dividendos pagados al inversor final, en el caso los Estados Unidos, sea por legislación interna o convenida, y de aquí que el TJUE ofreciese orientaciones sobre el particular.

En este sentido, el TJUE consideró que una entidad instrumental intercalada, en la estructura del grupo, entre la sociedad operativa que satisface los dividendos y la entidad del grupo beneficiaria efectiva de estos, puede ser constitutiva de una maniobra de elusión de la retención (p. 100), constituyendo indicio de esa instrumentalidad la circunstancia de que dichos dividendos, una vez percibidos, sean retransferidos por la sociedad perceptora íntegramente o en su casi totalidad y en un plazo muy breve a entidades que no reúnan los requisitos de aplicación de la directiva (p. 101). La circunstancia de que una sociedad opera como instrumental puede concurrir cuando su única actividad consista en la percepción de los dividendos y su transferencia al beneficiario efectivo o a otras sociedades igualmente instrumentales. A este respecto, la falta de una actividad económica real deberá deducirse, teniendo en cuenta las características singulares de la actividad de que se trate, de un análisis del conjunto de los datos pertinentes relativos, en particular, a la gestión de la sociedad, a sus estados contables, a la estructura de sus costes y a los gastos reales soportados, al personal que emplea, así como a las instalaciones de que dispone (p. 104). También pueden constituir indicios de un escenario artificial los diferentes contratos existentes entre las sociedades implicadas en las operaciones financieras en cuestión que den lugar a flujos financieros intragrupo, el modo de financiación de las operaciones, la evaluación de los fondos propios de las sociedades intermediarias, así como el hecho de que no se haya conferido a las sociedades instrumentales el poder de disponer económicamente de los dividendos percibidos. A este respecto, pueden constituir tales indicios, no solamente la existencia de una obligación legal o contractual a cargo de la sociedad que percibe los dividendos de transmitirlos a un tercero, sino también el hecho de que, como señala el órgano jurisdiccio-

nal remitente, «básicamente» no se haya conferido a dicha sociedad el derecho de usar y disponer de tales importes, aunque no esté sujeta a una obligación legal o contractual (p. 105). Por lo demás, tales indicios pueden resultar confirmados por circunstancias, como la coincidencia o la proximidad en el tiempo de cambios importantes en la legislación fiscal, o la ejecución de operaciones financieras complejas o la concertación de préstamos en el seno de un mismo grupo (p. 106). Corresponde al contribuyente probar la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 5 de la directiva, y a la Administración tributaria concernida, en su caso, los indicios determinantes del abuso, en particular que la entidad perceptora de los dividendos no sea el beneficiario efectivo, sin que la existencia de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición se oponga a tal prueba (p. 117 y 118). En fin, es importante notar, en caso de abuso, no se aplicarán los efectos de las libertades comunitarias (p. 122).

Todas las sentencias se refieren a hechos y normas anteriores a la nueva redacción de la norma antiabuso de la directiva establecida por la Directiva (UE) 2015/121, del Consejo, de 27 de enero de 2015 (modifica la Directiva 2011/96) (Directiva 2015/121)³ y, por supuesto, a la prevista en la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (Directiva 2016/1164)⁴. Las dos normas antiabuso

³ El artículo 1 indica:

En la Directiva 2011/96/UE, el artículo 1, apartado 2, se sustituye por los apartados siguientes: «2. Los Estados miembros no acordarán los beneficios contemplados en la presente Directiva a un arreglo o una serie de arreglos falseados, vistos todos los hechos y circunstancias pertinentes, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva.

Un arreglo podrá estar constituido por más de una fase o parte.

3. A efectos del apartado 2, un arreglo o una serie de arreglos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

4. La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias para la prevención de la evasión fiscal, el fraude fiscal o las prácticas abusivas».

⁴ El artículo 6 establece:

Artículo 6. Norma general contra las prácticas abusivas.

1. A efectos del cálculo de la deuda tributaria en concepto de impuesto sobre sociedades, los Estados miembros no tendrán en cuenta ningún mecanismo o serie de mecanismos que, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúa el objeto o la finalidad de la normativa tributaria aplicable, resulten estar falseados una vez analizados todos los datos y circunstancias pertinentes. Tales mecanismos podrán estar constituidos por más de una fase o parte.

2. A efectos del apartado 1, un mecanismo o serie de mecanismos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

presentan los mismos elementos componentes: concurrencia de actos o negocios falsos o falseados por cuanto no hayan sido concertados o establecidos por razones comerciales válidas sustentadas en una realidad económica; finalidad de obtener una ventaja fiscal contraria al objeto y finalidad de la norma aplicable; evaluación de los dos componentes precedente a la vista de todos los hechos y circunstancias concurrentes. En cierto modo, esos preceptos implican una codificación, con los matices que se quiera, de la jurisprudencia del TJUE relativa a las normas antiabuso.

Vistas en su conjunto, las sentencias del TJUE en materia de normas antiabuso relativas a hechos y operaciones concernientes a la Directiva 2011/96 arrojan un aceptable equilibrio entre la efectiva consecución de su finalidad y la protección de la imposición sobre los dividendos internos salientes, en su mayor parte referenciada a convenios bilaterales para eliminar la doble imposición. Así, las administraciones fiscales no podrán escudarse tras normas antiabuso puramente objetivas que no permitan un examen de los hechos y circunstancias en presencia, en orden a desvelar la irregularidad, y los contribuyentes tampoco podrán hacerlo en estructuras jurídicas formales desprovistas de sustancia económica o que no reflejen la realidad económica.

La protección que el Derecho de la UE presta a las entidades jurídicas constituidas en cualquier Estado miembro por personas o entidades residentes en Estados terceros implica, ciertamente, el riesgo de la creación de estructuras de participación cuya única finalidad sea aprovechar la vía más liviana para repatriar beneficios, pero ese riesgo debe ser controlado mediante un examen de los hechos y circunstancias, mas no mediante normas apodícticas. De esta manera, el punto de equilibrio habrá de alcanzarse mediante un procedimiento probatorio, en el que las administraciones deberán constatar, en su caso, los indicios de irregularidad, desvelando la finalidad primordialmente fiscal de la función realizada por las entidades receptoras de los dividendos, y los contribuyentes deberán, por su parte, aportar pruebas que, frente a tales indicios, fundamenten la función económica sustantiva de las mismas.

Con todo, cabe distinguir, a título de simple especulación, en relación con las sociedades instrumentales participadas por entidades residentes en Estados terceros, entre aquellas que reinvierten los dividendos en entidades residentes en Estados miembros, y aquellas otras que, sistemáticamente, remiten los dividendos a personas o entidades residentes en Estados terceros por cualquier medio financiero que depare una tributación ventajosa comparada con la inherente al pago directo, aun cuando concorra una cierta actividad o sustancia que, sin embargo, no sea relevante en relación con la ventaja fiscal obtenida.

Si la teoría es fácil, la práctica no lo será. La efectiva neutralización del riesgo apuntado solo puede venir mediante la imposición común de los dividendos internos salientes hacia

3. Cuando un mecanismo o serie de mecanismos no se tenga en cuenta de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1, la deuda tributaria se calculará con arreglo a la legislación nacional.

Estados terceros, lo que exigiría un convenio para evitar la doble imposición concertado con los Estados terceros por la propia UE o, cuando menos, que los convenios bilaterales de los Estados miembros con Estados terceros respondieran a una política común. Ya se ve que no es así⁵. En ausencia de esa política, la exoneración de la retención establecida por la Directiva 90/435, actualmente Directiva 2011/96, se ha mostrado conflictiva, y probablemente continuará siéndolo, respecto de los dividendos con destino final en Estados terceros⁶.

3. Tributación de los intereses

3.1. Tributación de los residentes

Las sentencias del TJUE han versado, básicamente, sobre dos materias, a saber, la deducción de intereses relacionados con instrumentos de patrimonio y las normas antisubcapitalización.

3.1.1. Intereses relacionados con instrumentos de patrimonio

A esta materia se refieren *Bosal* (Sentencia de 18 de septiembre de 2003, asunto C-168/01 –NFJ015171–), *Keller* (Sentencia de 23 de febrero de 2006, asunto C-471/04 –NFJ028808–) y *XBV* (Sentencia de 22 de febrero de 2018, asunto C-398/16 –NFJ069606–).

En *Bosal* (Sentencia de 18 de septiembre de 2003, asunto C-168/01 –NFJ015171–), el TJUE entendió que supeditar la deducción de los intereses asociados a la participación a que los beneficios de la entidad participada tributaran ante la jurisdicción fiscal de la entidad pagadora de los mismos (Países Bajos) restringía la libertad de establecimiento, por cuanto desalentaba la realización de inversiones financieras en entidades residentes en otros Estados miembros, ya que estas entidades normalmente no obtendrán beneficios en

⁵ El artículo 12 del convenio bilateral para evitar la doble imposición entre Chipre y los Estados Unidos establece la no imposición de los dividendos pagados por entidades residentes en Chipre, en tanto que otros Estados miembros, entre ellos España, tienen tipos de entre el 5 y el 15 %.

⁶ Decisión del Conseil d'Etat 05/06/2020, N.º 423810.//:

[...] résulte de ces motifs que la qualité de bénéficiaire effectif des dividendes doit être regardée comme une condition du bénéfice de l'exonération de retenue à la source prévue par l'article 5 de la directive. Par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que la société Eqiom n'était pas fondée à soutenir que les dispositions du 2 de l'article 119ter du code général des impôts, en ce qu'elles subordonnent le bénéfice de l'exonération à la condition que la personne morale justifie auprès du débiteur ou de la personne qui assure le paiement des dividendes qu'elle en est le bénéficiaire effectif, seraient incompatibles avec les objectifs de la directive 90/435/CEE du 23 juillet 1990 (párrafo 5).

el territorio de esa jurisdicción fiscal (p. 27). Ciertamente, el artículo 4.2 la Directiva 90/435 (art. 4.3 de la Directiva 2011/96) autoriza, a los efectos de la aplicación de los métodos establecidos para eliminar la doble imposición económica, la no deducción de gastos relativos a la participación, pero el TJUE puntualizó que la opción debía ejercitarse respetando las disposiciones fundamentales del tratado (p. 26), y adicionalmente observó que tal supeditación iba en contra del objetivo previsto en la Directiva 90/435, consistente en eliminar la penalización provocada por disposiciones fiscales que regulan las relaciones entre sociedades matrices y filiales residentes en Estados miembros diferentes de manera menos favorable que las relativas a las relaciones entre sociedades matrices y filiales residentes en un mismo Estado miembro (p. 28).

No prosperó ninguna de las causas de justificación alegadas, siendo de resaltar la concerniente al respeto al principio de territorialidad, ya antes reconocida por el TJUE en *Futura* (Sentencia de 15 de mayo de 1997, asunto C-250/95 –NSJ000778–). En efecto, a juicio del Gobierno neerlandés, los intereses cuya deducción se rechazaba estaban asociados a unos beneficios obtenidos en el territorio de una jurisdicción fiscal extranjera, de manera tal que no podía compararse la situación de filiales nacionales y extranjeras, pero el TJUE entendió lo contrario, por cuanto la entidad matriz estaba exenta por los beneficios que procedían de unas y otras (p. 39). En realidad, con esta respuesta, el TJUE eludió entrar en el fondo de la alegación. En efecto, lo relevante era dilucidar si, desde el punto de vista de la correlación de ingresos y gastos, esos intereses correspondían a las operaciones de la entidad filial o a las de la matriz.

En *Keller* (Sentencia de 23 de febrero de 2006, asunto C-471/04 –NFJ028808–), el TJUE apreció que una normativa que excluía la deducción de los intereses correspondientes a la participación sobre una filial extranjera cuyos dividendos estaban exentos en virtud de un convenio para eliminar la doble imposición (austro-germano), cuando tal deducción estaba permitida tratándose de la participación sobre filiales residentes (Alemania), implicaba una restricción a la libertad de establecimiento, por cuanto, al igual que en *Bosal* (Sentencia de 18 de septiembre de 2003, asunto C-168/01 –NFJ015171–), podía desanimar la inversión en filiales extranjeras. Del mismo modo, el TJUE rechazó el amparo de la Directiva 90/435 y de las causas de justificación, en particular la relativa al principio de territorialidad, pero sin precisar su significado, limitándose a afirmar que la normativa alemana relativa a la no deducción de los intereses no era un desarrollo de dicho principio.

En *XBV* (Sentencia de 22 de febrero de 2018, asunto C-398/16 –NFJ069606–), el TJUE apreció que una normativa en cuya virtud una sociedad matriz establecida en un Estado miembro no estaba autorizada a deducir los intereses de un préstamo contraído con una sociedad vinculada, a fin de financiar una aportación de capital a una filial establecida en otro Estado miembro, mientras que si la filial estuviera establecida en el mismo Estado miembro la sociedad matriz podría beneficiarse de dicha deducción formando con dicha sociedad una unidad de tributación conjunta, determinaba una restricción a la libertad de establecimiento, por cuanto podría desanimar la inversión en filiales extranjeras.

La consolidación fiscal permitía superar la regla general de no deducción de intereses relativos a la operación de financiación vinculada para la aportación vinculada. Por tanto, la diferencia de trato traía causa de que las entidades no residentes no podían formar parte del grupo fiscal. Como quiera que en *X Holding BV* (Sentencia de 25 de febrero de 2010, asunto C-337/08 –NFJ037112–) se había considerado que la composición puramente nacional del grupo fiscal, aun cuando determinaba una restricción a la libertad de establecimiento, estaba justificada por la necesidad de mantener el reparto de la potestad tributaria, el TJUE hubo de puntualizar que las ventajas fiscales, distintas de la transmisión de las pérdidas en el interior del grupo fiscal consolidado, no estaban amparadas por tal causa de justificación (p. 24 y 39). En el caso, la ventaja fiscal en cuestión, esto es, la deducción de los intereses, no era la compensación general de pérdidas y beneficios propia de la unidad fiscal (p. 40), y así el TJUE rechazó la causa de justificación del reparto de la potestad tributaria (p. 42).

Las sentencias precedentes rechazan la no deducción de los intereses relacionados con participaciones extranjeras, cuando los relacionados con participaciones nacionales son deducibles.

3.1.2. Intereses afectados por normas antiabuso

A estas materias se refieren *Lankhorst* (Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00 –NFJ013286–), *Thin Cap Group* (Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 –NFJ024996–), *Lasertec* (Auto de 10 de mayo de 2007, asunto C-492/04 –NFJ079348–), *Lammers* (Sentencia de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07 –NFJ026981–) e *Itelcar* (Sentencia de 3 de octubre de 2013, asunto C-282/12 –NFJ052007–).

Todas estas sentencias tienen en común que versan sobre normas nacionales que restringían, bajo la concurrencia de determinadas circunstancias, la deducción de intereses pagados a entidades vinculadas no residentes, pero no de los pagados a entidades vinculadas residentes.

En *Lankhorst* (Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00 –NFJ013286–), la norma nacional (Alemania) calificaba como distribución encubierta de beneficios los intereses pagados por razón del préstamo recibido de un socio no residente en la medida en que su montante excediera del triple del valor de la participación del socio, a menos que la entidad prestataria hubiera podido obtener esa financiación de un tercero. En *Thin Cap Group* (Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 –NFJ024996–), la norma nacional (Reino Unido), tras sucesivas modificaciones, en esencia y síntesis final, negaba la deducción de los intereses en operaciones entre partes vinculadas que no hubieran podido concertarse con terceros. En *Lammers* (Sentencia de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07 –NFJ026981–), la norma nacional (Bélgica) calificaba como dividendos los intereses de los préstamos concedidos por una entidad que actuaba en calidad de administrador, en la medida en que los citados préstamos excedieran de los fondos propios.

En todas las sentencias precedentes, el TJUE enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de establecimiento, y en *Lasertec* (Auto de 10 de mayo de 2007, asunto C-492/04 –NFJ079348–), el debate se centró, precisamente, en ese punto, resultando preferente esa libertad respecto de la de movimiento de capitales, pero en *Itelcar* (Sentencia de 3 de octubre de 2013, asunto C-282/12 –NFJ052007–) se impuso la de movimiento de capitales, con las consecuencias ya conocidas.

En *Lankhorst* (Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00 –NFJ013286–), la restricción parecía evidente. La cuestión se centró en las causas de justificación. El TJUE no entró en el análisis de comparabilidad, y rechazó las causas de justificación. La basada en evitar el riesgo de evasión fiscal, porque la norma restrictiva no tenía por objeto específico combatir los montajes puramente artificiales cuyo objetivo fuera eludir la obligación fiscal alemana, sino que contemplaba, en general, cualquier situación en la que la sociedad matriz fuera extranjera (p. 37). El Gobierno alemán alegó la coherencia del sistema fiscal, vinculándola con el principio de plena competencia, pero el TJUE la rechazó en virtud de la doctrina del vínculo directo, ya que el tratamiento fiscal desfavorable no estaba compensado por una ventaja fiscal en sede de la propia entidad filial (p. 39 a 42). Esta sentencia fue señera, ya que puso en cuestión unas normas, bastante extendidas entre los Estados miembros, que pretendían su amparo en el principio de libre competencia auspiciado por la OCDE.

En *Thin Cap Group* (Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 –NFJ024996–), los Gobiernos alemán y británico vincularon la causa de justificación del reparto equilibrado de las competencias tributarias al principio de libre competencia, reconocido en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición internacional, siguiendo la pauta del artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE, de manera tal que el ajuste positivo por causa de la limitación a la deducción de intereses en sede de la entidad prestataria motivaría un ajuste negativo en sede de la entidad prestamista, pero el TJUE observó que las disposiciones nacionales controvertidas no procedían del reparto de competencias entre el Reino Unido y los países con los que este país había celebrado los convenios, sino que respondían a una decisión unilateral (p. 50, 51 y 52). Por otra parte, la legislación del Reino Unido no garantizaba que el ajuste positivo en sede de la entidad prestataria fuere correspondido por un ajuste negativo en sede de la entidad prestamista, por más que mediare un convenio bilateral para eliminar la doble imposición (p. 55 y 56). Por la misma razón, el TJUE rechazó la causa de justificación de la coherencia del sistema fiscal (p. 69). En suma, la adecuación de las normas antisubcapitalización a los criterios inspiradores de los convenios para evitar la doble imposición internacional de la OCDE no les daba, sin más, amparo frente a las exigencias del Derecho de la UE (p. 53) (Martín Jiménez y Calderón Carrero, 2003).

Sin embargo, el TJUE fue sensible a la causa de justificación de evitar el fraude o la evasión fiscal (Espejo Poyato, 2008). En efecto, la norma antisubcapitalización examinada era apta para frustrar maniobras de desplazamiento artificioso de beneficios, pero debía hacerlo de manera adecuada y proporcionada, lo que exigía, de una parte, que estuviera basada en elementos objetivos y verificables conducentes a identificar el fraude consistente en el tras-

lado de beneficios por motivos fiscales, concediendo al contribuyente la prueba en contrario basada en la existencia de motivos económicos válidos, y de otra, que la recalificación de los intereses vinculados como beneficios distribuidos tan solo afectara a la porción correspondiente al préstamo que no hubiera sido concedido por terceros independientes, esto es, en condiciones de libre competencia (p. 80 a 83), correspondiendo a los tribunales nacionales examinar si las normas concernidas cumplían tales requisitos, sin que fuese exigible al Estado miembro en cuestión que garantizase el ajuste de signo contrario o la consideración como dividendo en sede de la entidad prestamista no residente (p. 88), pues la eliminación de la doble imposición correspondía a la jurisdicción fiscal de la entidad prestamista, excepto si la jurisdicción fiscal de la entidad prestataria decidía ejercitar también su competencia respecto de la entidad prestamista, por razón de la renta recalificada como dividendo (p. 90).

Frente a la parquedad cortante de *Lankhorst* (Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-324/00 –NFJ013286–), *Thin Cap Group* (Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 –NFJ024996–) incorpora un conjunto de matizaciones que, en su conjunto, indican los requisitos que deben cumplir las normas antiabuso exclusivamente transfronterizas para estar justificadas, siendo destacable su adecuación al principio de libre competencia en cuanto elemento para cumplir el requisito de proporcionalidad. De esta manera, el TJUE reconocía la trascendencia de los criterios de la OCDE, en relación con el principio de libre competencia (Cencerrado Millán, 2010). Esta doctrina se vería posteriormente confirmada en *SGI* (Sentencia de 21 de enero de 2010, asunto C-311/08 –NFJ036705–).

En *Lammers* (Sentencia de 17 de enero de 2008, asunto C-105/07 –NFJ026981–), el TJUE, sobre la base de los criterios vertidos en *Thin Cap Group* (Sentencia de 13 de marzo de 2007, asunto C-524/04 –NFJ024996–), abundó en la pertinencia del principio de libre competencia tanto al efecto de constituir un elemento objetivo para calificar una práctica de abusiva por causa de su incumplimiento como al de constituir una regla efectiva en orden al cumplimiento de la proporcionalidad (p. 29 y 30), al tiempo que rechazó que la relación objetiva entre fondos propios y préstamos vinculados fuera una técnica correcta de aplicación del citado principio (p. 33).

En *Lasertec* (Auto de 10 de mayo de 2007, asunto C-492/04 –NFJ079348–), el TJUE expuso los criterios para seleccionar la libertad aplicable en relación con una norma anti-subcapitalización de alcance exclusivamente transfronterizo. Estos criterios partían de los supuestos afectados por la misma, de manera tal que si se trataba de situaciones en las que la posesión de una participación permitía influir en las decisiones y actividades de la sociedad prestataria, sería aplicable la libertad de establecimiento (p. 20). Ciertamente, la norma antisubcapitalización podía, al tiempo, perturbar la libertad de movimiento de capitales, pero tal efecto, indicó el TJUE, sería la consecuencia inevitable del obstáculo a la libertad de establecimiento y no justificaba un examen del caso a la luz de aquella libertad (p. 25), de manera tal que estando limitado el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento a las relaciones intracomunitarias, no podía ser invocada cuando la entidad prestamista residiese en un Estado tercero (p. 27).

En *Itelcar* (Sentencia de 3 de octubre de 2013, asunto C-282/12 –NFJ052007–), el TJUE, a la vista de una norma antisubcapitalización (Portugal) que se aplicaba cuando la entidad prestamista participaba en, al menos, el 10 %, entendió que no concurría la nota de influencia significativa, de manera tal que enfocó la cuestión desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales, puesto que un préstamo implicaba un movimiento de capitales. El TJUE apreció la función de la norma antisubcapitalización portuguesa como instrumento de la lucha contra el fraude y la evasión fiscal, así como su correcta configuración en la medida en que concedía al contribuyente la prueba del endeudamiento hipotético con un tercero y solo rechazaba como no deducibles los intereses que correspondían al exceso (p. 39). Sin embargo, tras alcanzar esa conclusión, el TJUE se adentró en otros aspectos de la norma antisubcapitalización, observando que su aplicación requería la concurrencia de relaciones especiales entre las dos entidades concernidas, pero no necesariamente que mediara una relación de participación, y de ahí infirió que la norma afectaba a realidades económicas innegables, y concluyó que, por tal motivo, la norma iba más allá de lo necesario (p. 41 y 42). No obstante, el Gobierno portugués alegó que aun cuando explícitamente la norma no contuviera el requisito de participación así debía entenderse, pero el TJUE replicó que ese requisito no aparecía en el texto de la norma, que de la misma parecía desprenderse lo contrario y, en fin, que las normas debían ser claras y precisas, en particular las que imponían restricciones, lo que no ocurría en el caso presente, de manera tal que una norma que no era acorde con la seguridad jurídica no podía considerarse proporcionada (p. 44). En esta apelación al principio de seguridad jurídica y a su vinculación con la proporcionalidad, reside la importancia de esta sentencia. Una norma confusa será adversa a la seguridad jurídica y, por tanto, no será proporcionada.

Vistas en su conjunto, las sentencias del TJUE no rechazan las normas antisubcapitalización con efectos exclusivamente transfronterizos, con tal de que estén específicamente dirigidas a evitar el desplazamiento artificioso de beneficios entre entidades vinculadas, se ajusten al principio de libre competencia y permitan al contribuyente la justificación de su particular situación con base en la concurrencia de motivos económicos válidos.

La Comisión expresó su parecer respecto del significado y efectos de las sentencias del TJUE en materia de subcapitalización en su Comunicación al Parlamento y al Consejo *Aplicación de medidas antiabuso en el ámbito de la imposición directa dentro de la UE y en relación con terceros países* (COM (2007)785). Las normas antiabuso, indicó la Comisión, debían estar dirigidas a frustrar los montajes puramente artificiales destinados a eludir normas fiscales, a cuyo efecto había de realizarse un análisis del fondo de las operaciones, debiendo concederse a los interesados «la oportunidad de demostrar, bajo control jurisdiccional, que sus operaciones han sido realizadas con fines comerciales legítimos».

Sin embargo, a raíz de las sentencias del TJUE, es lo cierto que bastantes Estados miembros modificaron radicalmente la fiscalidad de los intereses, en cuanto partida fiscalmente deducible, abriéndose paso las normas tipo barrera de intereses al modo de lo previsto en la Directiva 2016/1164, si bien algunos países optaron por extender la norma tradicional

antisubcapitalización a las situaciones puramente internas, lo que fue calificado de lamentable por el abogado general Geelhoed.

3.1.3. Intereses relacionados con exenciones

A estas materias se refieren *Reino de Bélgica* (Sentencia de 6 de junio de 2013, asunto C-383/10 –NFJ051033–), *Weegen* (Sentencia de 8 de junio de 2017, asunto C-580/15 –NFJ066807–), *Masco* (Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-593/14 –NFJ064954–) y *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (Sentencia de 8 de diciembre de 2011, asunto C-157/10 –NFJ044922–).

Todas estas sentencias tienen en común que versan sobre normas que establecen un régimen privilegiado para los intereses internos frente a los intereses externos entrantes.

En *Reino de Bélgica* (Sentencia de 6 de junio de 2013, asunto C-383/10 –NFJ051033–), el TJUE apreció que la libertad de prestación de servicios se oponía a una legislación que concedía una exención parcial a los intereses procedentes de imposiciones en entidades de crédito residentes (Bélgica), mientras que los intereses procedentes de entidades de crédito no residentes tributaban plenamente. A la vista de esa sentencia Bélgica modificó su legislación, extendiendo la exención parcial a los intereses procedentes de entidades de crédito no residentes. Sin embargo, los requisitos necesarios para su disfrute eran de difícil cumplimiento para estas entidades.

En *Weegen* (Sentencia de 8 de junio de 2017, asunto C-580/15 –NFJ066807–), el TJUE apreció que existía una restricción a la libertad de prestación de servicios, por cuanto los requisitos determinantes de la exención solamente eran ofrecidos, de hecho, por las entidades de crédito belgas, lo que disuadiría a los impositores de colocar sus capitales en entidades de crédito residentes en otros Estados miembros, sin que prosperara la causa de justificación de la protección de los consumidores, ya que esa protección también podía lograrse a través de la legislación al efecto establecida en otros Estados miembros.

En *Masco* (Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-593/14 –NFJ064954–), el TJUE apreció que la exclusión de la base imponible de los ingresos por intereses procedentes de una entidad filial residente (Dinamarca), afectados por la no deducción derivada de una norma antisubcapitalización, provocaba una restricción a la libertad de establecimiento, ya que, al no hacer lo propio respecto de los procedentes de entidades filiales residentes en otros Estados miembros, podía disuadir su constitución, siendo así que frente al objetivo de ese régimen fiscal, esto es, la eliminación de la doble imposición, la situación de los préstamos concedidos a entidades filiales residentes y no residentes era comparable (p. 31). El TJUE aceptó la causa de justificación del reparto equilibrado de los ingresos fiscales, por cuanto el Estado miembro de la sociedad matriz perceptora de los intereses (Dinamarca) ostentaba un derecho de imposición sobre tales intereses que no podía ser preterido por razón

de que los mismos no fueran deducibles en sede de la sociedad filial en razón a una norma que limitaba su deducción (p. 38), pero observó que lo proporcionado sería admitir la exención de los intereses externos entrantes vinculados en la parte concurrente con los que no hubieran sido deducibles en sede de una supuesta entidad filial residente (p. 43). Se notará que este criterio es congruente con el mantenido por el TJUE respecto de la aplicación a los dividendos externos entrantes de los métodos para eliminar la doble imposición económica.

En *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria* (Sentencia de 8 de diciembre de 2011, asunto C-157/10 –NFJ044922–), el TJUE apreció que la libertad de movimiento de capitales no se oponía a que la retención sobre los intereses externos entrantes no pagada por causa de exención no fuera deducida de la cuota de la entidad perceptora (España). El TJUE recordó que los Estados miembros pueden construir del modo que deseen sus sistemas tributarios, siempre que no incurran en discriminación. Como consecuencia de ello, esos sistemas pueden determinar doble imposición, sin que los Estados miembros estén obligados a resolverla, más allá del cumplimiento de las directivas que hacen al caso. Si esto es así, con mayor razón no estarán obligados a adaptar sus normas fiscales para permitir el disfrute de los incentivos fiscales nacidos con arreglo a las normas fiscales de otro Estado miembro (p. 38 y 39).

3.2. Tributación de los no residentes

A esta materia se refieren, *Truck Center* (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-282/07 –NFJ031306–), *Brisal* (Sentencia de 13 de julio de 2016, asunto C-18/15 –NFJ063337–) y *Royaume Belgique* (Sentencia de 29 de octubre de 2015, asunto C-589/14).

En *Truck Center* (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-282/07 –NFJ031306–), el TJUE apreció que la retención practicada sobre los intereses pagados a entidades no residentes, cuando sobre los pagados a entidades residentes no sufrían retención, no era determinante de una restricción, por cuanto las dos situaciones no eran comparables. Esta sentencia ha sido sistemáticamente esgrimida por los Gobiernos en las sentencias relativas a retenciones sobre pagos a entidades no residentes, en particular tratándose de dividendos, sin duda porque en ella se contienen declaraciones que ponen de relieve la diferencia de la posición de los Estados frente a la tributación de los residentes y no residentes (p. 42), así como respecto de la diferencia estructural entre los hechos imposables de la tributación de los residentes y no residentes (p. 43) y, en fin, a la diferencia que implican los propios convenios para evitar la doble imposición en cuanto rectores de la imposición sobre los no residentes (p. 45). Sin embargo, por lo que hace al caso, la circunstancia decisiva fue que las entidades residentes tributaban plenamente respecto de los intereses percibidos, tanto internos como externos entrantes, en sede de la imposición sobre los beneficios (p. 49). Se notará que no era este el caso de la mayoría de las sentencias relativas a los dividendos internos salientes, puesto que las entidades residentes disfrutaban de exención respecto de los dividendos internos o de algún método para paliar o eliminar la doble imposición económica.

En *Brisal* (Sentencia de 13 de julio de 2016, asunto C-18/15 –NFJ063337–), el TJUE apreció que la retención sobre los intereses brutos pagados a entidades financieras no residentes, cuando los pagados a las entidades financieras residentes (Portugal) no sufrían retención y tributaban previa deducción de los gastos profesionales, determinaba una restricción a la libertad de prestación de servicios, por cuanto implicaba un trato desventajoso para las entidades financieras no residentes (p. 27 y 28), incluso considerando que el tipo de gravamen del impuesto sobre los beneficios de las entidades financieras residentes era superior al tipo de retención sobre las entidades financieras no residentes. No prosperó ninguna de las causas de justificación esgrimidas. En particular no lo hizo la relativa al reparto pactado de los ingresos fiscales en el convenio para evitar la doble imposición (luso-irlandés), pues el TJUE entendió que la deducción de los gastos profesionales no afectaba a dicho reparto (p. 37), lo que es cuestionable ya que la no deducción de los gastos profesionales afecta al importe de la retención y, por ende, al del crédito fiscal del Estado de la residencia. Una vez desechadas las causas de justificación, los gastos profesionales debían entenderse deducibles. El TJUE señaló algunos específicos, pero donde se presenta el verdadero problema es en relación con los gastos financieros soportados por la entidad financiera no residente. El TJUE admitió que era difícil establecer un vínculo directo entre los intereses activos y los pasivos, pero no descartó que pudiera lograrse mediante las pruebas oportunas (p. 48 a 50), cuya valoración correspondía a los tribunales nacionales.

En *Royaume Belgique* (Sentencia de 29 de octubre de 2015, asunto C-589/14), el TJUE apreció que un régimen de retención sobre los intereses de préstamos pagados por sociedades residentes (Bélgica) a sociedades de inversión no residentes, excepto si los títulos representativos de aquellos estaban depositados o registrados en cuenta en una institución financiera establecida en la misma jurisdicción fiscal (Bélgica), determinaba una restricción a la libertad de prestación de servicios. La restricción era palmaria, pues disuadía a las sociedades de inversión de contratar los servicios de las instituciones financieras residentes en otros Estados miembros. De hecho, Bélgica ya había iniciado los procedimientos para modificar esa normativa.

3.3. Intereses afectados por la Directiva 2003/49, de intereses y cánones

A estas materias se refieren *Luxembourg/Danmark* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 –NFJ072658–) y *Scheuten Solar* (Sentencia de 21 de julio de 2011, asunto C-397/09 –NFJ043480–).

En *Luxembourg/Danmark* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 –NFJ072658–), el TJUE interpretó la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de

diferentes Estados miembros (Directiva 2003/49), en relación con el concepto de beneficiario efectivo, la necesidad de establecer una norma antiabuso específica, los elementos constitutivos del abuso del derecho y su prueba y la incidencia de la naturaleza y régimen fiscal de las entidades receptoras de los intereses. Los criterios del TJUE pueden resumirse en los siguientes puntos: para interpretar y aplicar la Directiva 2003/49, son aptos los criterios contenidos en los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE relativos al beneficiario efectivo (p. 90 y 91); beneficiario efectivo es quien obtiene la renta y puede disfrutar y disponer de ella libremente (p. 88 y 89); las sociedades instrumentales o conductoras no tienen la condición de beneficiario efectivo (p. 91 y 93); el ordenamiento comunitario repele, con carácter general, el abuso del derecho, de manera que no es necesaria una norma nacional antiabuso específica de transposición del artículo 5 de la directiva, a los efectos de retirar los beneficios fiscales otorgados por la misma, cuando se pruebe la existencia de los elementos, objetivo y subjetivo, constitutivos del abuso de derecho (p. 104, 105, 111, 117 y 120); para probar la existencia de los elementos, objetivo y subjetivo, del abuso de derecho, habrá de verificarse, caso por caso, la existencia de un conjunto de indicios demostrativos, tales como las estructuras de participación puramente formales, la inmediata transferencia de los intereses percibidos, o la exigua actividad económica (p. 124, 125, 127, 128, 130, 131 y 132); la entidad receptora de los intereses no cumplirá con el requisito de sujeción sin exención a la imposición sobre los beneficios, cuando dichos intereses no tributen efectivamente en sede de la misma (p. 147 a 151); si se constata la existencia de abuso, no puede pretenderse lograr el efecto de no retención invocando la libertad de movimiento de capitales (p. 155); cuando la directiva no sea aplicable por carencia de los requisitos previstos, las libertades comunitarias pueden deparar el efecto de impedir la retención respecto del interés pagado a una entidad no residente si el interés pagado a una entidad residente no sufre imposición o disfruta de una imposición más ventajosa (p. 165).

La apelación a los criterios de la OCDE remite a los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del Modelo de Convenio. A su tenor, el beneficiario efectivo se construye mediante la concurrencia de tres notas: percibir la renta, tener derecho a usar y disfrutar de la misma, y no estar obligado a transferir la renta a otra persona sea por imperativo legal o contractual.

Esta sentencia, en unión de *Danmarks Aps* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 –NFJ072655–), supone un acicate para la investigación, por parte de las administraciones fiscales de los Estados miembros, de los entramados societarios potencialmente afectados por la existencia de sociedades conductoras (Hjorth, Lejour y Van't Riet, 2019; Schwarz, 2019).

En *Scheuten Solar* (Sentencia de 21 de julio de 2011, asunto C-397/09 –NFJ043480–), el TJUE interpretó que la no deducción de intereses pagados a una entidad asociada, en el sentido de la directiva, residente en otro Estado miembro, en relación con el impuesto sobre actividades económicas (Alemania), no contravenía la directiva, por cuanto la tributación no recaía sobre el acreedor sino sobre el deudor de los intereses (p. 28 a 30). En consecuen-

cia, la norma limitativa de la deducción de intereses del artículo 4 de la Directiva 2016/1164 también será perfectamente compatible con la directiva. Por otra parte, los intereses afectados por la no deducción no podrán ser considerados como distribución de beneficios en el sentido de la Directiva 2011/96 (p. 35).

4. Tributación de las plusvalías mobiliarias

A esta materia se refieren *XY* (Sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto C-436/00 –NFJ013486–), *Reino de España* (Sentencia de 9 de diciembre de 2004, asunto C-219/03 –NFJ018622–), *Reino de España* (Sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-562/07 –NFJ035348–), *República Federal de Alemania* (Sentencia de 16 de abril de 2015, asunto C-591/13 –NFJ057924–), *XAB* (Sentencia de 10 de junio de 2015, asunto C-686/13 –NFJ058604–) y *Reino Unido* (Sentencia de 13 de noviembre de 2014, asunto C-112/14).

4.1. Tributación de los residentes

En *XY* (Sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto C-436/00 –NFJ013486–), el TJUE apreció que la tributación inmediata de la plusvalía obtenida en la aportación de una participación significativa a una entidad no residente o a una entidad residente filial de una entidad no residente, cuando en caso de aportación a una entidad residente (Suecia) la tributación quedaría diferida, determinaba una restricción a la libertad de establecimiento, por cuanto podía tener un efecto disuasorio respecto de la constitución de entidades en otro Estado miembro (p. 36 y 37).

El Gobierno sueco alegó la coherencia del sistema fiscal, ya que la plusvalía diferida podría sujetarse a tributación posterior si la entidad adquirente fuere residente, pero no si no lo fuere, en particular la posterior tributación sería ilusoria si el transmitente trasladaba su domicilio al extranjero pues en tal caso los puntos de conexión de la plusvalía futura con la jurisdicción fiscal sueca se habrían desvanecido, pero el TJUE observó que ese efecto era consecuencia de la libre decisión de los Estados de suscribir convenios bilaterales para eliminar la doble imposición en los términos del artículo 13.4 del Modelo de Convenio (p. 54 y 55). Por otra parte, el convenio relevante, esto es, el sueco-belga, contenía una norma para evitar el abuso consistente en la retención de la competencia para gravar durante los cinco primeros años del traslado del domicilio (p. 56) y, en cualquier caso, existían medidas más proporcionadas como la consistente en la prestación de garantías en caso de traslado de la residencia al extranjero (p. 59).

En *Reino de España* (Sentencia de 9 de diciembre de 2004, asunto C-219/03 –NFJ018622–), el TJUE apreció que la aplicación de coeficientes reductores de plusvalías de valores mobiliarios emitidos por entidades no residentes distintos y menos beneficiosos que los relativos a los

emitidos por entidades residentes (España) determinaba una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto desanimaba la inversión en valores extranjeros.

En *República Federal de Alemania* (Sentencia de 16 de abril de 2015, asunto C-591/13 –NFJ057924–), el TJUE apreció que un régimen de diferimiento por reinversión de plusvalías condicionado a que los activos adquiridos estuvieran adscritos a establecimientos permanentes situados en Alemania determinaba una restricción a la libertad de establecimiento, pues podría disuadir de operar mediante establecimientos permanentes situados en otros Estados miembros (p. 57 a 59).

Ciertamente, si la técnica de diferimiento por reinversión estuviere asociada a la amortización del nuevo activo o a su transmisión, cabía entender que Alemania perdería la competencia para gravar la plusvalía cuando el activo se hallara ubicado en otra jurisdicción fiscal, y de ahí que se alegara la causa de justificación del reparto de la potestad impositiva, pero el TJUE observó que la normativa concernida, aun cuando apropiada a tal objetivo, iba más allá de lo necesario ya que, en efecto, existían técnicas menos agresivas que permitían garantizar el gravamen de la plusvalía diferida (p. 67 y 72).

En *XAB* (Sentencia de 10 de junio de 2015, asunto C-686/13 –NFJ058604–), el TJUE apreció que la libertad de establecimiento no se oponía a una legislación (Suecia) que eximía del IS las plusvalías derivadas de participaciones y excluía de forma correlativa la deducción de las minusvalías, cualquiera que fuere la residencia de la entidad emisora de las participaciones, incluso si dichas minusvalías se debían a una diferencia de cambio. En efecto, no existía un tratamiento fiscal dispar que hiciera de peor condición a las participaciones sobre entidades no residentes, por más que las ganancias o las pérdidas procedentes de la variación del tipo de cambio solo fueran predicables de las participaciones adquiridas en moneda distinta.

En *Reino Unido* (Sentencia de 13 de noviembre de 2014, asunto C-112/14), el TJUE apreció que la imputación de las plusvalías realizadas por las entidades no residentes a los socios o partícipes residentes, cuando tal imputación no se producía en caso de entidades residentes (Reino Unido), determinaba una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto podía disuadir a los residentes de adquirir participaciones en entidades no residentes.

La única causa de justificación alegada fue la lucha contra el fraude y la evasión fiscal. El TJUE constató que la imputación solamente quedaba exceptuada cuando el activo determinante de la plusvalía estaba afecto a una actividad económica realizada fuera del Reino Unido, sin permitir al contribuyente probar la realidad económica latente tras su participación en la sociedad no residente o, de otra manera, la existencia de motivos económicos válidos, lo que reputó incorrecto (p. 28). De esa manera, el TJUE reafirmó su rechazo a las normas antiabuso de alcance exclusivamente transfronterizo que no concedían la prueba de la motivación económica válida al obligado tributario, aun cuando aquellas excluyeran, *a priori*, el campo de las rentas derivadas o relacionadas con actividades económicas.

4.2. Tributación de los no residentes

En *Reino de España* (Sentencia de 6 de octubre de 2009, asunto C-562/07 –NFJ035348–), el TJUE apreció que la tributación de las plusvalías a largo plazo obtenidas por los residentes (España) a un tipo de gravamen inferior (15 %) al que lo hacían los no residentes (35 %) implicaba una restricción a la libertad de movimiento de capitales, por cuanto estos contribuyentes, respecto de ese tipo de renta, se hallaban en una situación objetivamente comparable (p. 59). El TJUE no hizo alusión a que ese tratamiento podría desanimar la realización de inversiones transfronterizas. Bastó, por tanto, la diferencia de trato, no amparada por ninguna de las causas de justificación esgrimidas.

5. Tributación patrimonial

Sobre esta materia tratan *Baars* (Sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-251/98 –NFJ008797–) y *NN (L)* (Sentencia de 26 de mayo de 2016, asunto C-48/15 –NFJ063161–).

En *Baars* (Sentencia de 13 de abril de 2000, asunto C-251/98 –NFJ008797–), el TJUE apreció que la exención de participaciones significativas emitidas por entidades residentes (Países Bajos), cuando las emitidas por entidades residentes en otro Estado miembro no lo estaban, determinaba una restricción a la libertad de establecimiento, por cuanto podía desanimar la inversión en las participaciones emitidas por comunitarias.

El Gobierno neerlandés alegó que la exención tenía por objeto aliviar la doble imposición, por cuanto los beneficios de las participaciones nacionales tributaban por la imposición sobre los beneficios, pero el TJUE advirtió que no existía un vínculo directo entre la tributación sobre los beneficios y la tributación sobre el patrimonio.

En *NN (L)* (Sentencia de 26 de mayo de 2016, asunto C-48/15 –NFJ063161–), el TJUE apreció que la libertad de movimiento de capitales no se oponía a un impuesto sobre el patrimonio de las instituciones de inversión colectiva que gravaba no solo a las constituidas con arreglo a la legislación nacional (Bélgica) sino también a las constituidas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de un Estado tercero, en la medida en que comercializasen participaciones en Bélgica.

Ciertamente, esa tributación conducía a una doble imposición respecto de las instituciones de inversión colectiva extranjeras, pues las mismas podrían verse sometidas, además, a tributación ante la jurisdicción fiscal donde residían, pero el TJUE observó, de una parte, que el impuesto belga no era discriminatorio por cuanto trataba por igual a las instituciones de inversión colectiva residentes y no residentes (p. 46), y, de otra, que a falta de una armonización fiscal comunitaria, las desventajas que podían resultar del ejercicio paralelo por diferentes Estados miembros de la potestad tributaria, siempre y cuando tal ejercicio



no fuere discriminatorio, no constituían restricciones de las libertades de circulación, de manera tal que los Estados miembros no tenían la obligación de adaptar su sistema tributario a los diferentes sistemas de tributación de los otros Estados miembros, para eliminar la doble imposición (p. 47).

Parte segunda. La incidencia de las sentencias del TJUE

A raíz de las sentencias del TJUE relativas a las rentas del capital los distintos tribunales españoles, aun sin plantear cuestiones prejudiciales (Juan y Peñalosa y Raventós Calvo, 2010), procedieron a declarar inaplicables ciertos preceptos de las leyes reguladoras de la imposición directa. También reaccionó el legislador fiscal, introduciendo las modificaciones normativas pertinentes.

Pudiera pensarse que una descripción de esas sentencias y de esas modificaciones normativas no tiene otro interés, con no ser desdeñable, que el puramente histórico. No es así porque, de una parte, esa descripción permite apreciar la forma en como tales sentencias y reformas legislativas se han relacionado con los principios de la imposición, y de otra, porque, como se verá, todavía quedan algunas cuestiones abiertas sobre las que, probablemente, los diferentes tribunales o el propio legislador habrán de pronunciarse.

1. Impuesto sobre la renta de las personas físicas

1.1. Eliminación de la doble imposición de dividendos

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 23 de octubre de 2008 (rec. núm. 423/2006 –NFJ031750–) declaró inaplicable el último inciso del artículo 23.1 b) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias (Ley 40/1998), a cuyo tenor el método de imputación estimativa para la eliminación de la doble imposición económica era aplicable exclusivamente respecto de los dividendos que «procedan de entidades residentes en territorio español», cuyo efecto práctico consistió en extender el citado método a los dividendos extranjeros entrantes.

La Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 9 de julio de 2014 (rec. núm. 2873/2012 –NFJ054855–) se pronunció en el mismo sentido, pero matizó que cuando un residente «pretende que se deduzcan, por el concepto de doble imposición de dividendos, los dividendos pagados por entidades no residentes, habrá de acreditar que el gravamen sufrido por la entidad no residente en sus resultados es equiparable al que se paga en España».

Esta matización captó perfectamente el sentido del análisis de comparabilidad propio de las sentencias del TJUE. En efecto, concedió la deducción por dividendos en la medida

en que la carga tributaria derivada del IS extranjero fuese comparable a la del IS. Se notará que la comparación había de hacerse en función del gravamen sufrido, no solo de la materia imponible ni, por supuesto, del tipo nominal de gravamen, y también que la prueba correspondía al contribuyente.

Hubiera podido el legislador fiscal adoptar esa solución, es decir, mantener la imputación estimativa, tanto para los dividendos internos como para los extranjeros, condicionada en el caso de estos últimos a la prueba de un gravamen equivalente sobre el beneficio del que procedían los dividendos. Habida cuenta de los multiplicadores de la imputación estimativa ($1,40 \times 0,40$), la prueba hubiera debido considerarse cumplimentada mediante la demostración de un gravamen efectivo no inferior al 28 %. Ha de reconocerse que esa prueba solo estaría, razonablemente, al alcance de los inversores individuales que ostentaren una participación significativa, en tanto que la deducción se concedía para los dividendos internos, como así era lógico desde la perspectiva de la capacidad económica, cualquiera que fuere el porcentaje de participación.

Las sentencias del TJUE sobre la materia, anteriormente descritas, pusieron en dificultades a los Estados miembros que aplicaban métodos para la eliminación o atenuación de la doble imposición de dividendos o doble imposición económica. ¿Cómo era posible, al tiempo, conservar esas medidas, sin duda apropiadas desde la perspectiva de la capacidad económica, y adaptarse a aquellas sentencias?

Acudió la Comisión al rescate de los Estados miembros mediante su Comunicación al Consejo y al Parlamento titulada *Tributación de los dividendos percibidos por personas físicas en el mercado interior (COM (2003)810)* la cual, tras una amplia exposición de las alternativas en presencia, propuso para todos los dividendos, tanto internos como externos, el denominado «sistema cedular».

Precisamente esta fue la solución adoptada por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (Ley 35/2006), actualmente en vigor (Zornoza Pérez, 2014). El problema planteado por las sentencias del TJUE había quedado superado, pero aparecieron tres carencias de técnica tributaria, a saber, la ruptura de la neutralidad entre dividendos e intereses, el deterioro de la progresividad y el privilegio para los dividendos externos procedentes de beneficios escasamente gravados.

En efecto, al sujetar a los dividendos e intereses a la misma escala, esto es, la del ahorro, los primeros quedaban sobrecargados respecto de los segundos, por cuanto aquellos sufrieron previamente la tributación por el IS. Al tiempo, la escasa progresividad de la escala del ahorro determinaba una tributación, en conjunción con el IS, prácticamente igual para todos los perceptores de dividendos, cualquiera que fuere el importe de los mismos. En fin, los dividendos procedentes de entidades extranjeras escasamente gravadas sobre

sus beneficios tendrían una tributación más liviana que la correspondiente a los dividendos pagados por entidades residentes.

El saldo no ha sido muy halagüeño: desperfectos para la neutralidad en las inversiones financieras, privilegiando el endeudamiento, menoscabos para la progresividad impositiva y, en fin, estímulo a la deslocalización por motivos fiscales.

Sería erróneo cargar en la cuenta del TJUE estas deficiencias, por cuanto la técnica tributaria ofrecía soluciones alternativas más idóneas aunque, tal vez, de más compleja instrumentación y aplicación.

1.2. Régimen de las ganancias patrimoniales

Como ha quedado anteriormente expuesto, el TJUE consideró que la existencia en la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (Ley 18/1991), de unos coeficientes reductores de plusvalías más ventajosos para los valores cotizados en mercados de organizados españoles era restrictiva de la libertad de movimiento de capitales, lo que fue rectificado por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma parcial del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y por la que se modifican las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades y sobre la Renta de no Residentes, estableciéndose así la igualdad de trato.

Con la Ley 35/2006 desaparecieron los coeficientes reductores de plusvalías, pero han persistido las reglas de cálculo diferenciadas, incluso tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre (se modifican la Ley 35/2006, el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes y otras normas tributarias), según que los valores coticen en mercados financieros comunitarios o extracomunitarios. Estas reglas son más gravosas para los segundos, por cuanto establecen un valor mínimo respecto del importe de la transmisión, salvo prueba en contrario, lo que podría ser objetable desde la perspectiva de la libertad de movimiento de capitales (art. 37.1 b).

1.3. Aportaciones a fondos de pensiones

En periodos impositivos regidos por la Ley 40/1998, la Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de marzo de 2013 (rec. núm. 948/2010 –NFJ050646–) estableció que:

[...] se opone al principio de no discriminación una interpretación del artículo 46.1.4.º de la Ley 40/1998 y del artículo 60.1 del Real Decreto Legislativo 3/2004 que impide la reducción fiscal de las aportaciones a un plan de pensiones alemán, siempre que este cumpla con las exigencias que impone con carácter general la normativa española.

La Ley 35/2006 contempla la equiparación de las aportaciones a los fondos de pensiones. Se notará que esa equiparación se reduce al círculo de los fondos de pensiones sujetos a normativa comunitaria, de manera tal que no se proyecta respecto de las aportaciones realizadas a fondos de pensiones residentes en Estados terceros (art. 51.1), lo que está en línea con el enfoque de la situación desde la perspectiva de la libertad de circulación de trabajadores.

2. Impuesto sobre sociedades

2.1. Eliminación de la doble imposición económica

2.1.1. De dividendos

La Sentencia de la AN de 3 de diciembre de 2015 (rec. núm. 202/2013 –NFJ062017–), sobre la base del principio de igualdad de trato a situaciones comparables, entendió aplicable a los dividendos externos entrantes la deducción que el artículo 30.2 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), establecía para los dividendos internos, para porcentajes de participación de, al menos, el 5%.

La sentencia hizo especial referencia a la de 13 de noviembre de 2012 del TJUE, *Test Claimants in the FII Group Litigation* (asunto C-35/11 –NFJ049182–), y constató que el tipo de gravamen efectivo soportado por la entidad extranjera era inferior al nominal del IS, de manera tal que el método de imputación, válido para los dividendos externos entrantes de acuerdo con el artículo 32 del TRLIS, era menos beneficioso que el método de exención del artículo 30.2, válido para los dividendos internos, con la consecuencia de que procedía aplicar este precepto a los dividendos externos entrantes.

El abogado del Estado recurrió alegando que la sentencia no había realizado correctamente el juicio de equivalencia propio del análisis comunitario, de manera tal que solo cuando el tipo efectivo nacional fuere inferior al tipo nominal nacional, se habría quebrado la equivalencia entre el método de exención y el de imputación, con la consecuencia de que, de no ser así, procedería aplicar, respecto de los dividendos externos entrantes, el método de imputación del artículo 32 del TRLIS, pero no el método de exención del artículo 30.2 del TRLIS.

La Sentencia del TS de 16 de febrero de 2017 (rec. núm. 255/2016 –NFJ067278–) desestimó el recurso, aunque sin entrar en la cuestión de la equivalencia tal y como la había planteado la Administración. Lo decisivo fue que las normas relativas a la eliminación de la doble imposición de dividendos concedían un mejor trato a los dividendos internos, ya que los mismos gozaban de exención en todo caso para participaciones de, al menos, 5%, en tanto que los externos entrantes para disfrutar de exención debían cumplir un conjunto de requisitos adicionales, entre ellos el de proceder de beneficios derivados de activida-

des económicas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 del TRLIS y, por otra parte, el método de imputación del artículo 32 del TRLIS no podía parangonarse al de exención, pues el segundo permitía la conservación de los incentivos fiscales de los que hubiere podido disfrutar la entidad filial, en tanto que el primero no lo hacía. La Sentencia de la AN de 4 de abril de 2017 (rec. núm. 185/2015 –NFJ067288–) se pronunció en términos similares.

La Sentencia de la AN de 9 de febrero de 2018 (rec. núm. 352/2015 –NFJ070225–) declaró aplicable la exención parcial del artículo 30.1 del TRLIS, respecto de unos dividendos externos entrantes, relativos a participaciones inferiores al 5 %, por cuanto existía:

[...] desigualdad injustificada, en el tratamiento fiscal de la deducción relativa a dividendos, según la entidad que los distribuye sea o no residente en España, (lo que) vulnera el Derecho Europeo en los términos señalados, por lo que procede someter los dividendos que nos ocupan, al régimen previsto para las sociedades residentes en España.

La sentencia, sin embargo, no abordó el juicio de equivalencia.

La citada Sentencia del TS de 16 de febrero de 2017 (rec. núm. 255/2016 –NFJ067278–) insistió en el trato menos ventajoso de los dividendos externos entrantes, indicando que:

[...] en el supuesto de deducción por doble imposición interna, art. 30 del Real Decreto Legislativo 4/2004, cuando la entidad perceptora de los dividendos participaba al 5 % o mayor porcentaje en el capital de la entidad de la que se obtuvieron, *de facto* se aplicaba un régimen de exención, al ser la deducción del 100 % de la cuota íntegra. En cambio, en el caso de deducción por doble imposición internacional, art. 32, se seguía un régimen de imputación en la entidad que percibía el dividendo cuando ostentaba esa misma participación en el capital de la entidad que los distribuía, con la consecuencia de que en este caso el beneficio fiscal dependía del tipo efectivo del gravamen, no del nominal, excluyendo, con ello, de la deducción las bonificaciones, desgravaciones y ventajas fiscales de que hubiese disfrutado la entidad generadora del beneficio que daba origen a los dividendos distribuidos, efecto este que no se producía en el supuesto del art. 30. Esta situación determinó que la Comisión Europea denunciase el trato fiscal discriminatorio que se aplicaba a las inversiones en sociedades no residentes, lo que se corrigió en la reforma fiscal operada en el Impuesto sobre Sociedades por la Ley 27/2014, que vino a equiparar el tratamiento fiscal de participaciones de entidades residentes y no residentes.

Véase, por consiguiente, como el método de exención para los dividendos internos arrastra, de acuerdo con la sentencia, el efecto práctico del reconocimiento de los incentivos fiscales establecidos por una jurisdicción fiscal extranjera, incluso si los mismos fueren superiores a los que se hubieren podido disfrutar, caso de ser realizadas las actividades económicas en España, respecto de los beneficios de los que procedía el dividendo.

El Auto del TS de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 3503/2017 –NFJ069059–) admitió el recurso de casación en relación con la Sentencia de la AN de 4 de abril de 2017 (rec. núm. 185/2015 –NFJ067288–), centrando el interés casacional en determinar si los dividendos externos entrantes recibían un peor trato que los internos, por cuanto el método de imputación del artículo 32 del TRLIS no permitía conservar los incentivos fiscales disfrutados por el beneficio del que procedía el dividendo, en tanto que el método de exención del artículo 30 del TRLIS, sí lo hacía.

La Sentencia del TS de 2 de julio de 2020 (rec. núm. 3503/2017 –NFJ078427–) dio satisfacción al referido auto de admisión apoyándose en la Sentencia de 16 de febrero de 2017 (rec. núm. 255/2016 –NFJ067278–), en la que se dijo que:

[...] así las cosas, en el supuesto de deducción por doble imposición interna, art. 30 del Real Decreto Legislativo 4/2004, cuando la entidad perceptora de los dividendos participaba al 5 % o mayor porcentaje en el capital de la entidad de la que se obtuvieron, *de facto* se aplicaba un régimen de exención, al ser la deducción del 100 % de la cuota íntegra. En cambio, en el caso de deducción por doble imposición internacional, art. 32, se seguía un régimen de imputación en la entidad que percibía el dividendo cuando ostentaba esa misma participación en el capital de la entidad que los distribuía, con la consecuencia de que en este caso el beneficio fiscal dependía del tipo efectivo del gravamen, no del nominal, excluyendo, con ello, de la deducción las bonificaciones, desgravaciones y ventajas fiscales de que hubiese disfrutado la entidad generadora del beneficio que daba origen a los dividendos distribuidos, efecto este que no se producía en el supuesto del art. 30.

Así pues, la Sentencia del TS de 16 de febrero de 2017 (rec. núm. 255/2016 –NFJ067278–) centró la discriminación en que el método de imputación del artículo 32 del TRLIS, a diferencia del método de exención del artículo 30 del TRLIS, cercenaba el disfrute de los incentivos fiscales disfrutados por el beneficio del que procedía el dividendo, en el caso conferidos por la legislación fiscal neerlandesa.

La Sentencia del TS de 2 de julio de 2020 (rec. núm. 3503/2017 –NFJ078427–), tomando como punto de referencia la Sentencia de 13 de noviembre de 2012 del TJUE, *Test Claimants* (asunto C-35/11 –NFJ049182–), afirmó, de una parte, que en la sentencia de instancia, contrariamente a lo que había alegado el abogado del Estado, sí se había realizado el denominado «juicio comparativo», y de otra, que era «evidente que hay una discriminación puesto que, al estar exentos los dividendos obtenidos por la sociedad holandesa, el sistema de imputación del artículo 32 TRLIS (los) impedía trasladar a la deducción por doble imposición». Y añadió que:

[...] esa comparación, por lo demás, es fácil de deducir del sistema fiscal de los Países Bajos y del muy favorable régimen de tributación de los residentes, por lo que no es preciso un análisis exhaustivo para concluir que el régimen de imputación siempre será más desfavorable que el de exención.

Sin embargo, en *Test Claimants* (asunto C-35/11 –NFJ049182–), el TJUE decidió que:

[...] los artículos 43 CE y 56 CE no se oponen a una legislación de un Estado miembro que declara exentos del impuesto sobre sociedades los dividendos que una sociedad residente percibe de otra sociedad residente, mientras que sujeta a dicho impuesto los dividendos que una sociedad residente percibe de una sociedad no residente de la que posee al menos el 10 % de los derechos de voto, concediendo, en este último caso, un crédito fiscal por el impuesto efectivamente pagado por la sociedad que distribuye beneficios en su Estado miembro de residencia, siempre que el tipo impositivo sobre los dividendos de origen extranjero no sea superior al tipo impositivo aplicado a los dividendos de origen nacional y que el crédito fiscal sea al menos igual al importe pagado en el Estado miembro de la sociedad que distribuye beneficios hasta el límite de la cuantía impositiva aplicada en el Estado miembro de la sociedad beneficiaria.

Es cierto que, en la mayoría de los supuestos, el método de exención depara un tratamiento más ventajoso que el de imputación, pero no siempre. En ciertos casos, el método de imputación procurará un tratamiento equivalente al de exención. Así lo ha reconocido el propio TJUE, y de ahí el sentido del enjuiciamiento de comparación. Ocurre, sin embargo, que la forma en como debe realizarse el juicio de comparación no ha quedado bien perfilada en la doctrina del TJUE y de ahí, tal vez, que los tribunales de justicia españoles, aunque citándola, no hayan entendido pertinente profundizar en el camino abierto por la mencionada sentencia del TJUE *Test Claimant* (asunto C-35/11 –NFJ049182–). Por otra parte, la reacción del legislador de la Ley 27/2014, al Dictamen motivado de la Comisión 2010/4111, según el cual el tratamiento que el TRLIS daba a los dividendos externos entrantes era discriminatorio, no alentaba esa profundización.

Antes de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas (Ley 29/1991), los dividendos internos disfrutaban de exención total para participaciones significativas (25 %) o parcial en otro caso, en tanto que los dividendos externos entrantes tributaban plenamente. La Ley 29/1991 estableció el método de imputación para los dividendos externos entrantes amparados por la Directiva 90/435. La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (Ley 43/1995), extendió el método de imputación a todos los dividendos externos entrantes. El Real Decreto-Ley 8/1996, de 7 de junio, de medidas fiscales urgentes sobre corrección de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas, estableció el método de exención también para los dividendos externos entrantes, procedentes de participaciones significativas, nutridos con beneficios derivados de actividades económicas. Ese era el marco normativo que, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 2/2000, de 23 de junio, por el que se modifica la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, y otras normas tributarias, y contenido en los artículos 21, 30 y 32 del TRLIS, estaba en vigor en las vísperas de la Ley 27/2014, actualmente vigente.

El artículo 21 de la Ley 27/2014, seguramente influido por el Dictamen motivado de la Comisión 2010/4111 (García Rozado, 2016; López Pombo, 2019), ha establecido el método de exención para todos los dividendos procedentes de participaciones significativas (5 % o más, o superior a 20 millones de euros de precio de adquisición), sin que sea requisito la realización de actividades económicas, aunque sí, para los dividendos externos entrantes, la tributación a un tipo de gravamen nominal no inferior al 10 %, que se entiende cumplido cuando media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición. Los dividendos externos entrantes de participaciones significativas (5 % o más, o superior a 20 millones de euros de precio de adquisición) que no cumplan los requisitos del método de exención, pueden acogerse al método de imputación del artículo 32 de la Ley 27/2014. Los dividendos de participaciones no significativas tributan plenamente.

La igualdad de trato, mediante el método de exención, entre dividendos internos y externos entrantes, cumple con la libertad de movimiento de capitales así como con la libertad de establecimiento, al tiempo que facilita la repatriación de beneficios, aspecto este de extrema importancia para aquellos países cuyos grandes grupos obtienen una parte importante de sus beneficios mediante la realización de actividades económicas en el extranjero a través de entidades filiales (López Tello, 2014, pp. 26 y ss.).

Sin embargo, el método de exención arrastra el inconveniente de que puede incentivar la deslocalización de actividades económicas por parte de las entidades matrices españolas, mediante la constitución de entidades filiales en jurisdicciones fiscales de baja tributación o que disfrutan de potentes incentivos fiscales. De esta manera, la fiscalidad de los dividendos externos entrantes se ha modificado correctamente para no infringir la libertad de movimiento de capitales impuesta por el artículo 63 del TFUE, pero de forma tal que podría estimular la ubicación de las inversiones por motivos fiscales, lo que, paradójicamente, desmerece la función económica de esa libertad. Se notará que la deslocalización por motivos fiscales puede afectar tanto a las inversiones de contenido real, tangible o intangible, como financiero.

Sea como fuere, lo cierto es que el método de exención para los dividendos de fuente extranjera se ha impuesto en los sistemas fiscales de los países más avanzados. Así la reforma fiscal norteamericana lo ha establecido, pero con la prevención de introducir un régimen neutralizador de las deslocalizaciones de activos intangibles (Mullerat y Concha, 2019). En cierto modo, aunque con menos potencia, el ensanchamiento de la transparencia fiscal internacional operada por la Ley 27/2014 se inscribe en la misma línea.

Se recordará que la sentencia *Haribo* (de 10 de febrero de 2011, asunto C-436/08 –NFJ041413–) permitía inferir que no se infringía la libertad de movimiento de capitales al supeditar la exención de los dividendos externos entrantes al requisito de que los beneficios de los que procedían hubieran soportado una tributación efectiva comparable a la que soportan los beneficios de los que procedían los dividendos internos. El requisito de tributación al tipo nominal de gravamen no inferior al 10 % no supone, ciertamente, la exigencia de una tributación comparable pues, de una parte, implica una brecha de 15 puntos por-

centuales respecto del tipo general de gravamen nominal, y de otra, la tributación efectiva no solamente depende del tipo nominal de gravamen.

La Ley 27/2014 ha suprimido la exención parcial de la que disfrutaban los dividendos internos procedentes de participaciones no significativas, igualando así la tributación de los mismos con la de los dividendos externos entrantes también procedentes de participaciones no significativas, en perfecta sintonía con la libertad de movimientos de capitales, pero retrocediendo respecto del objetivo de eliminación de la doble imposición económica. En efecto, la doble imposición se produce cualquiera que sea el porcentaje de participación.

2.1.2. De plusvalías de cartera

Antes de la Ley 27/2014, las plusvalías derivadas de instrumentos de patrimonio extranjeros podían disfrutar de exención plena para porcentajes de participación no inferiores al 5 %, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, en los términos previstos en el artículo 21 del TRLIS, en particular la realización de actividades económicas por parte de la entidad emisora, en tanto que sobre las derivadas de los instrumentos de patrimonio internos, también para participaciones no inferiores al 5 %, no pesaba tal requisito, pero estaban sujetas al límite de los beneficios no distribuidos acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación.

Tras la Ley 27/2014, el régimen de las plusvalías ha quedado unificado, de manera tal que todas las referentes a participaciones significativas (5 % o más, o superior a 20 millones de euros de precio de adquisición) están exentas, sin sujeción al requisito de realización de actividad económica ni a límite alguno pero, respecto de los valores extranjeros, el artículo 21.1 b) exige la tributación de la sociedad emisora a un tipo nominal de gravamen no inferior al 10 %. No obstante, siendo el tipo nominal general de gravamen del IS superior al 10 %, no parece que exista campo para la discriminación.

La Ley 27/2014 ha traído la igualdad de trato, pero ha sacrificado un objetivo de política fiscal no desdeñable, esto es, que la entidad no residente realice actividades económicas, las cuales, por otra parte, estaban descritas en las normas correspondientes bajo el criterio de que se tratara de actividades no deslocalizables.

2.2. Deducción de gastos financieros

2.2.1. El nuevo enfoque de la subcapitalización

La Sentencia del TS de 21 de febrero de 2008 (rec. núm. 8310/2002 –NFJ028747–) se enfrentó a la compatibilidad con el ordenamiento comunitario del artículo 16.9 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (Ley 61/1978), precepto que, incorporado por la disposición adicional quinta de la Ley 18/1991, rechazaba la deducción de los inte-

reses correspondientes a préstamos contraídos con entidades vinculadas no residentes que excedieran del triple de los fondos propios, concluyendo, a la vista de las sentencias del TJUE *Lankhorst* (asunto C-324/00 –NFJ013286–) y *Thin Cap Group* (asunto C-524/04 –NFJ024996–), que «ante la doctrina sentada por el TJCE, no cabe duda de la incompatibilidad de la norma española controvertida con la libertad de establecimiento, por lo que debe ser inaplicada».

La Sentencia de la AN de 30 de abril de 2008 (rec. núm. 63/2005 –NFJ028655–), también en relación con el artículo 16.9 de la Ley 61/1978, indicó que:

[...] parece incontestable que, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 2002, *Lankhorst-Hohorst* (asunto C-324/00)... el tratamiento diferente dispensado en el impuesto sobre sociedades a dos compañías nacionales que obtienen financiación de otra con la que se encuentran vinculada, en función de que esta segunda resida en el propio país o lo haga en otro Estado miembro, de modo que, en el segundo caso, los intereses pagados queden sometidos a un régimen tributario más desfavorable, contradice la libertad de establecimiento e infringe el artículo 43 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea...

Si bien esa restricción quedaría justificada si concurrían dos condiciones, a saber:

1.^ª) que se base en un examen de elementos objetivos y verificables que permitan identificar la existencia de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales, estableciendo la posibilidad de que el contribuyente pueda presentar, en su caso, y sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los motivos comerciales subyacentes a la transacción de que se trata; y 2.^ª) que, demostrada la existencia de tal montaje, la referida legislación solo califique dichos intereses como beneficios distribuidos en la medida en que superen los que se habrían acordado en condiciones de libre competencia...

La sentencia concluyó que «ninguna de dichas dos condiciones aparece en la normativa española», pues la norma en cuestión «no acude a parámetros objetivos incontestables para cotejar si una operación de préstamo entre una filial y su matriz foránea responde a un artificio con la finalidad de eludir el pago de los tributos...» y, adicionalmente, «no se le ofrece al sujeto pasivo ninguna oportunidad de justificar que se pactaran a precios semejantes a los que hubieran acordado en el mercado personas independientes ni, por ende, de acreditar la inexistencia de ningún ánimo elusivo de las cargas tributarias...».

Sentencias posteriores se pronunciaron en similares términos.

Así pues, los distintos tribunales españoles reaccionaron cumplidamente ante las sentencias del TJUE, ejercitando el poder-deber de inaplicación respecto de una norma a la que el ordenamiento comunitario se oponía.

El contenido del artículo 16.9 de la Ley 61/1978 fue, en esencia, reproducido por la Ley 43/1995, recalando, finalmente, en el artículo 20 del TRLIS, de donde fue removido, en relación con el ámbito comunitario, por el artículo 62.º Primero. Dos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, mediante la adición de un nuevo apartado en cuya virtud la norma antisubcapitalización «no será de aplicación cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal». Solución radical que desarboló la normativa antisubcapitalización en el ámbito comunitario (Palao Taboada, 2005).

Finalmente, el artículo 20 del TRLIS fue derogado por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público (RDL 12/2012), el cual, como más adelante se comentará, estableció un nuevo régimen respecto de la deducción de intereses en el que la distinción entre los ámbitos interno y externo no se contemplaba. De esta manera, hasta el Real Decreto-Ley 12/2012, no existieron normas reguladoras de la subcapitalización en relación con las operaciones de endeudamiento intracomunitario, sin perjuicio de lo que en el apartado siguiente se dirá respecto del denominado conflicto de los gastos financieros (Gutiérrez Lousa, 2016).

2.2.2. El conflicto de los gastos financieros

El supuesto de hecho del conflicto de los gastos financieros ha consistido en endeudar a una entidad residente en territorio español, generalmente mediante préstamos intragrupo transfronterizos destinados a la adquisición de participaciones cuyos dividendos disfrutaban de exención, de manera tal que su base imponible quedaba minorada en el importe de los intereses (López Ribas, 2016). En la práctica, las regularizaciones determinantes de la no deducción de esos intereses, normalmente encauzadas a través del expediente de fraude o conflicto en aplicación de la ley tributaria, han afectado principalmente a subgrupos españoles de grupos multinacionales y por ello los interesados vinieron alegando discriminación prohibida por el Derecho de la UE.

Varias sentencias de la AN han rechazado esa pretensión. Así la Sentencia de 7 de febrero de 2013 (rec. núm. 172/2010 –NFJ050014–) observó que la regularización:

[...] no está aplicando una norma a entidades no residentes que deba aplicarse a entidades residentes, no está dispensando trato distinto a unas y otras y, por tanto, no hay discriminación ni se está contraviniendo la doctrina del TJCE, ni infringiendo el principio de libertad de establecimiento... A modo de conclusión, las sentencias a las que alude el contribuyente se formulan ante normas dictadas por los Estados miembros que obstaculizan el ejercicio de la libertad de establecimiento, y sin embargo, la regularización que se propone en este expediente no supone ninguna discriminación ni atenta a dicho principio porque se fundamenta en una

norma antiabuso de general aplicación como es el fraude de ley, que no tiene por objeto los grupos multinacionales sino que se aplicará siempre y cuando concurren los supuestos determinantes de la misma.

Y la Sentencia de 21 de febrero de 2013 (rec. núm. 47/2010 –NFJ050173–) indicó:

[...] que en definitiva, no se puede hablar de trato discriminatorio puesto que los fundamentos de la resolución que declara el fraude de ley no se basan en la residencia de las entidades intervinientes ni en su pertenencia a grupos multinacionales, sino que lo que se enjuicia es la licitud de unas operaciones en función de las circunstancias objetivas que concurren en las mismas, en las que se aprecia el abuso de derecho en su realización, dándose la circunstancia de la participación en dichas operaciones de entidades que pertenecen a grupos multinacionales, pero sin que la residencia fiscal de ninguna de dichas entidades ni el régimen fiscal que les resulta aplicable en sus países de residencia sea un elemento decisivo a la hora de calificar dichas operaciones, pues tal y como declara la Administración «la misma calificación se hubiera propuesto si hubieran intervenido entidades con otra residencia y hubieran concurrido los mismos elementos fácticos».

Y, en fin, en términos similares, la Sentencia de 14 de noviembre de 2013 (rec. núm. 468/2010) precisó que:

[...] los argumentos alegados en relación con las sentencias del TJCE no resultan de aplicación, pues ni la condición de no residente de la matriz ni de las entidades del grupo intervinientes, ni la deducibilidad de los gastos financieros de grupos multinacionales, se pone en cuestión, y ni siquiera se alude a ella como fundamento alguno, únicamente se cuestiona la artificiosa forma en que se sitúa una carga financiera en España, siendo irrelevante a estos efectos donde se encuentre el domicilio de la matriz o de otras entidades intervinientes y su condición de sociedades no españolas o pertenecientes a un grupo español. La regularización que se propone se basa en la concurrencia de los elementos que configuran el fraude de ley, sin que se valore ninguna otra circunstancia.

También el TS se ha pronunciado. Así, en dos sentencias de 9 de febrero de 2015 (recs. núms. 188/2014 –NFJ057488– y 3971/2013 –NFJ057489–), admitió que las regularizaciones practicadas podrían ser restrictivas, pero concluyó que «la Administración tributaria, en una actuación que *a priori* podría parecer restrictiva de la libertad de establecimiento, cumplió con los estándares comunitarios: razón imperiosa de interés general y/o conducta abusiva». La sentencia busca la razón imperiosa de interés general en que:

[...] la práctica que detecta y corrige la Administración tributaria constituye en la actualidad una de las mayores preocupaciones en el seno de la OCDE reflejada en

el BEPS... y también lo es de la Unión Europea, como se deduce de la recomendación que la Comisión emitió sobre planificación fiscal agresiva... la operación enjuiciada en el presente recurso carecía de una auténtica sustancia económica, siendo la finalidad fiscal la única destacable...

En el mismo sentido la Sentencia de 12 de febrero de 2015 (rec. núm. 2452/2013).

En la Sentencia de 19 de julio de 2016 (rec. núm. 2553/2015 –NFJ063385–), ante la alegación de restricción a la libertad de establecimiento, observó que «la ventaja fiscal está en el fondo de las operaciones efectuadas... el título legitimador de los intereses no existe, porque el negocio jurídico generador del préstamo carece de causa», y ante la alegación de restricción a la libertad de movimiento de capitales, que:

[...] habrá de reiterarse todo lo antes dicho sobre la inexistencia de vínculo de derecho comunitario. El recurrente en este planteamiento vuelve a insistir en que la no deducibilidad de los intereses supone una restricción a la libertad de circulación de capitales. Si las cosas fueran como las cuenta el recurrente habría que aceptar la vulneración del principio invocado, pero lo que aquí sucede es que el título legitimador de los intereses no existe, porque el negocio jurídico generador del préstamo carece de causa, y es esta circunstancia, y no otra, la que hace improcedentes e inaplicables, las sentencias invocadas.

En la Sentencia de 16 de marzo de 2016 (rec. núm. 3162/2014 –NFJ062529–), indicó que:

[...] no puede afirmarse que la conclusión alcanzada en función de las circunstancias concurrentes sea contraria al Derecho Comunitario, pues no se cuestiona la deducibilidad de los gastos por la circunstancia de que la matriz del grupo sea una sociedad no residente, sino, insistimos una vez más, por no responder la operación a una verdadera finalidad económico-empresarial, que afecta a una entidad residente, sin que pueda hablarse por tanto, de discriminación a no residentes, ni de vulneración de los Convenios de doble imposición.

En la Sentencia de 22 de diciembre de 2016 (rec. núm. 3421/2015 –NFJ065105–), al hilo del quinto motivo de casación en el que la recurrente alegó que la liquidación tributaria había contravenido principios básicos del derecho comunitario, en concreto la libertad de establecimiento, la libertad de circulación de capitales y el principio de confianza legítima, desplegó una amplia argumentación relativa a la relación entre el fraude a la ley tributaria y el ordenamiento comunitario, según la cual:

[...] tanto la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el análisis de la adecuación de los Derechos nacionales al Derecho Comunitario, como la del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional relativa al fraude de ley, se inspiran en

principios similares respecto al equilibrio entre los derechos de la Hacienda Pública y el de los contribuyentes, cualquiera que sea la residencia de estos, de modo que lo que se pretende es que los comportamientos de los contribuyentes respondan a la realidad de las necesidades económicas o empresariales y no a montajes articulados con la exclusiva finalidad de reducir artificiosamente la carga tributaria...

La finalidad perseguida por el Derecho Comunitario resultaría incumplida si, ajustándose los Ordenamientos de los Estados miembros a esos principios básicos, sin embargo se burlasen en la práctica con operativas artificiosas realizadas con finalidad exclusiva o principalmente fiscal. En este sentido la existencia de un mecanismo como el del fraude de ley no puede sino merecer un juicio positivo como medida tuteladora de aquellos principios. Podrá discutirse la existencia o no de la figura en cuestión en cada caso concreto, con arreglo a nuestro Derecho, pero de concluirse la existencia del mismo, ninguna tacha cabría desde el punto de vista del Derecho Comunitario

Y así se desprende también del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo - Aplicación de medidas contra las prácticas abusivas en el ámbito de la fiscalidad directa dentro de la UE y en relación con terceros países», aprobado por unanimidad del Pleno de 17 y 18-9-08.

Las ideas más significativas del Dictamen pueden resumirse así: Se percibe la necesidad de encontrar un equilibrio entre el interés público de combatir las prácticas abusivas y la necesidad de evitar una restricción exagerada de la actividad transfronteriza interior de la UE. Las «normas contra prácticas abusivas» se conciben en sentido amplio como disposiciones, medidas o prácticas destinadas a «proteger la base imponible nacional frente a algunos tipos de erosión concretos».

El Dictamen extrae de la jurisprudencia del TJE unos principios fundamentales sobre los que pivota ese equilibrio: Uno, el concepto de «práctica abusiva», que se produce cuando «pese a haberse observado las condiciones previstas por la normativa comunitaria, no se logran los objetivos previstos por dicha normativa y existe la voluntad de obtener un beneficio creando artificialmente las condiciones exigidas para su obtención: Otro principio fundamental es el de proporcionalidad; las prácticas abusivas o la evasión fiscal pueden constituir una razón imperiosa de interés general capaz de justificar la restricción, pero para que tal reacción nacional sea lícita ha de ser proporcionada y aplicarse solo con el fin de evitar «montajes puramente artificiales».

El concepto de «práctica abusiva», extraído por el Dictamen de la jurisprudencia del TJE, es en esencia concordante con nuestro concepto de fraude de ley y radica en la creación artificial de las condiciones requeridas para obtener un tratamiento fiscal beneficioso, que es precisamente lo ocurrido en el caso que nos ocupa.

No existe por tanto incompatibilidad entre la apreciación de la figura de fraude de ley y los principios del Derecho Comunitario.

Así pues, los tribunales han venido afirmando, sin fisuras, que el Derecho de la UE no se opone a la aplicación de una norma antiabuso de carácter general, incluso en aquellos casos en los que la operación afectada, por su propia contextura, solamente fuere realizada, en la práctica, por los grupos multinacionales. Buscar el amparo del Derecho de la UE para justificar una operación abusiva, sobre la base de una presunta discriminación entre grupos internos y multinacionales, no es pertinente.

Lo que ha de examinarse, ante cada operación en concreto, es si la misma tiene por objeto adoptar el mejor ropaje fiscal en vistas a realizar una operación económica o financiera o si tiene por objeto exclusivo reducir la fiscalidad al margen de cualquier finalidad económica o financiera. Precisamente, esto es lo que indica el TS en Sentencia de 20 de mayo de 2016 (rec. núm. 2945/2014 –NFJ062970–) cuando advierte que:

[...] siendo a la Administración a la que corresponde acreditar la existencia de un montaje puramente artificial... en este caso no llegó a justificar y acreditar que las razones fiscales hayan sido las únicas determinantes para la realización de las operaciones controvertidas.

O cuando, en la misma línea aunque con distinto resultado, observa que la operación «carecía de una auténtica sustancia económica, siendo la finalidad fiscal la única destacable» (Sentencia de 9 de febrero de 2015, rec. núm. 3971/2013 –NFJ057489–).

Tanto la AN como el TS han decidido mediante el riguroso examen del fondo de las operaciones, esto es, de su causa. El fin práctico que se ha perseguido con las operaciones concernidas ha sido lo relevante. Si ese fin práctico respondía a una motivación económica o, por el contrario, al puro designio de cercenar la tributación correspondiente a las rentas derivadas de las actividades económicas, ha sido el norte que ha orientado la labor enjuiciadora. Solo en el segundo caso los tribunales han apreciado la existencia de fraude a la ley tributaria y, en alguna ocasión, la concurrencia de simulación o delito fiscal.

Con sus sentencias, los tribunales no han puesto en cuestión el aprovechamiento de las vías menos onerosas fiscalmente para realizar operaciones con finalidad económica, sino rechazado la licitud de aquellas cuya finalidad era puramente fiscal, ni han terciado en el debate, tradicional pero siempre vivo, de la pertinencia de la denominada planificación fiscal (Marín Benítez, 2013, capítulo 1, y recapitulación 7 del capítulo 9).

Podrá debatirse, frente a los hechos de cada caso, si la respuesta del tribunal ha sido, o no, acertada, pero habrá de reconocerse que la metodología aplicada, esto es, el examen de los hechos subyacentes a las operaciones en presencia y de su contextura en orden a discernir su artificiosidad o materialidad y su justificación económica por oposición a su finalidad puramente fiscal, responde a la denominada solución global seguida por los tribunales de justicia en la aplicación de las normas antiabuso (Delgado Pacheco, 2018, pp. 240 y ss.).

Los tribunales han recorrido el único camino posible, por más que deban reconocerse las dificultades inherentes al mismo. Lejos del positivismo formalista, justamente criticado por la doctrina (Sánchez Pedroche, 2004, pp. 81 y ss.), los tribunales de justicia han intentado penetrar en la materialidad de los hechos y en su verdadera significación, atendiendo a su relación con el espíritu y finalidad de las normas en juego.

En fin, es claro que una operación fraudulenta en modo alguno podría encontrar el amparo del Derecho de la UE, en tanto que la lícita no ha menester que lo reclame para prosperar ante los tribunales de justicia.

2.2.3. La adecuación al ordenamiento comunitario del régimen de la vigente deducción de los gastos financieros

La Ley 27/2014, siguiendo la estela trazada por el Real Decreto-Ley 12/2012, ha establecido dos normas básicas concernientes a la deducción de gastos financieros, que aquí han de traerse a colación exclusivamente a los efectos de bosquejar su adecuación al ordenamiento comunitario.

El artículo 15 h) contempla las operaciones propias del conflicto de los gastos financieros, a los efectos de negar la deducción de los intereses correspondientes a las operaciones de endeudamiento intragrupo destinadas a la adquisición intragrupo de participaciones.

Seguramente, el sustrato fraudulento de estas operaciones necesita la concurrencia de una o varias entidades no residentes, pero la norma se aplica «con independencia de la residencia» de la entidad prestamista y también de la residencia de la entidad transmitente de los títulos, de manera tal que no se atisba la existencia de discriminación. Por otra parte, el precepto se blindó frente a un eventual reproche de que, *de facto*, solamente versará sobre operaciones transfronterizas, exceptuando su aplicación cuando «el contribuyente acredite que existen motivos económicos válidos para la realización de dichas operaciones», enlazando así con aspectos de la doctrina del TJUE (García-Torres, 2014).

Incluso si la participación es determinante de un dividendo afecto a la Directiva 2011/96, se notará que la no deducción de los intereses es conforme con la misma, en la medida en que se trata de gastos asociados a la adquisición de la participación, en el sentido del artículo 4.3, considerando, por otra parte, que la no deducción se predica también respecto de participaciones emitidas por entidades residentes.

El artículo 16 establece un límite de carácter general a la deducción de gastos financieros, calculado en el 30 % del beneficio operativo. El carácter puramente objetivo del límite y su indiferencia respecto del origen territorial de las rentas que componen el beneficio operativo destierra cualquier atisbo de discriminación (Cencerrado Millán, 2019).

El artículo 18.10 apodera a la Administración tributaria para excluir la deducción de los gastos financieros de las operaciones de endeudamiento pactadas entre partes vinculadas que no fueren congruentes con el principio de libre competencia, sea en lo concerniente al tipo de interés o al importe del préstamo o a sus condiciones. Tampoco aquí hay atisbo de discriminación, por cuanto la norma se aplica tanto sobre operaciones transfronterizas como puramente internas y, por otra parte, ya se ha visto que el TJUE ha considerado que el principio de libre competencia garantiza la proporcionalidad de las normas antiabuso. En este sentido, incluso se llegó a entender que el antiguo artículo 16 del TRLIS permitía a la Administración tributaria recalificar los intereses, bajo la prueba de que el préstamo no se habría concedido por un tercero independiente en condiciones normales de mercado (Falcón y Tella y Pulido Guerra, 2010, p. 243).

Tras la sentencia del TJUE SGI/ (Sentencia de 21 de enero de 2010, asunto C-311/08 –NFJ036705–), ha quedado claro que una norma relativa a las operaciones entre partes vinculadas, con efecto exclusivamente transfronterizo, sería conforme con el ordenamiento comunitario en cuanto se fundamentare en el principio de libre competencia y ofreciere al contribuyente la prueba de la regularidad de sus operaciones.

Por tanto, puede concluirse que las normas de la Ley 27/2014 relativas a los gastos financieros son correctas en relación con el ordenamiento comunitario. Cuestión distinta es que también lo sean con arreglo a los principios de la imposición (García Novoa 2016, capítulo IX). Cuatro objeciones cabe formular:

- El exceso de imposición, inherente al cómputo como ingreso en la entidad prestamista de los gastos financieros que rebasan el límite en la entidad prestataria.
- La sobrecarga, injustificada, a las entidades aisladas que padecen un endeudamiento excesivo o que obtienen un beneficio operativo reducido.
- La injerencia fiscal en las decisiones de financiación, quebrando así el principio de neutralidad.
- La concesión de posibilidades de asignación y de creación de gastos financieros intragrupo a los grandes grupos multinacionales con estructuras financieras consolidadas saneadas.

Las normas españolas están alineadas con las normas antisubcapitalización adoptadas por algunos Estados miembros en el curso de la respuesta a las sentencias del TJUE sobre la materia. En este sentido, tales sentencias no han contribuido a una mejora de la tributación sobre los beneficios de las personas jurídicas, pero no a causa de ellas, sino por la reacción, tal vez no muy meditada, de algunos legisladores nacionales. Sin embargo, ciertas modificaciones de las mismas podrían aliviar las tensiones enumeradas:

- Establecer el límite en función de la relación existente entre el endeudamiento consolidado y los activos consolidados.

- Excluir del límite a las entidades no incardinadas en grupos, sean internos o multinacionales.
- Ofrecer al contribuyente la prueba de la motivación económica o financiera válida en relación con un endeudamiento que rebasara el límite.

Estas técnicas se encuentran, en cierta forma, recogidas en la normativa alemana, y de ahí su diferencia con la española, a pesar de que las dos establecen un límite a la deducción de gastos financieros del 30 % sobre el resultado operativo (Fernández Antuña, 2013). La transposición de la Directiva 2016/1164 ofrece una oportunidad (Quintana Elena y Gómez Marín, 2019; López Ribas, 2016).

En fin, las normas relativas a la deducción de gastos financieros establecidas en la Ley 27/2014 no impedirán, en su caso, la aplicación de normas antiabuso de carácter general, a los efectos de frustrar la deducción de intereses concertados en operaciones irregulares.

2.3. Aportaciones no dinerarias especiales

El artículo 87.1 a) de la Ley 27/2014 supedita el diferimiento de las plusvalías puestas de manifiesto en las aportaciones no dinerarias especiales a que la entidad beneficiaria de la aportación sea residente en territorio español o que siendo no residente tenga un establecimiento permanente al que se afecten los activos aportados, entre los cuales pueden comprenderse las participaciones significativas (5 % o más sobre fondos propios). Con ello se trata de asegurar el derecho de imposición sobre las plusvalías, pero se discrimina en contra de las entidades beneficiarias de la aportación no residentes en territorio español, lo que podría chocar con el criterio vertido por el TJUE en XY (Sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto C-436/00 –NFJ013486–).

3. Impuesto sobre la renta de no residentes

Seguramente ha sido el IRNR el más afectado por el Derecho de la UE, tal y como ha sido interpretado por el TJUE, hasta el punto de que se ha llamado la atención sobre la amplia panoplia de excepciones y matices relativas a los residentes comunitarios, sugiriéndose la conveniencia de incluirlos en la esfera de los residentes (Ruiz Almendral, 2008), e incluso se ha postulado el repliegue generalizado de la tributación sobre la base del principio de territorialidad, que es el que presta legitimación a la imposición sobre los no residentes, en méritos del principio de residencia (Marín Benítez, 2007).

Seguidamente se comentan esas excepciones, en lo que atañe a las rentas del capital, atendiendo igualmente a los pronunciamientos de nuestros tribunales.

3.1. Retención sobre dividendos internos salientes

Al hilo de las sentencias del TJUE, los tribunales españoles han reconocido la exención por el IRNR de los dividendos pagados por entidades residentes a determinadas entidades no residentes, tales como los fondos de pensiones, las instituciones de inversión colectiva extranjeras, las fundaciones y las compañías aseguradoras respecto de los contratos *unit linked*.

Además de exponer estos casos, es conveniente introducir el debate relativo a la pertinencia de establecer una exención por el IRNR, en relación con los dividendos que, caso de ser obtenidos por una entidad residente en territorio español, no sufrirían retención, de acuerdo con lo previsto en el artículo 128.4 d) de la Ley 27/2014.

3.1.1. Retención a fondos de pensiones

Tres Sentencias de la AN de 31 de marzo de 2010 (recs. núms. 14/2007 –NFJ079439–, 15/2007 –NFJ037861– y 17/2007 –NFJ037865–), tras recordar la relación entre los ordenamientos interno y comunitario en el sentido de que el «principio de primacía del Derecho comunitario vincula tanto al legislador nacional que debe desechar todo derecho interno opuesto al acervo comunitario y vincula a los órganos judiciales y administrativos para los que debe prevalecer el ordenamiento comunitario en caso de conflicto con el ordenamiento nacional» concluyeron que «en definitiva, por el simple hecho de su residencia fiscal X sufre un tratamiento discriminatorio sobre la inversión de sus reservas en acciones de sociedades españolas, ya que el rendimiento que obtenga siempre será un 15 % inferior al que podrá conseguir un fondo de pensiones español que invierta en idénticos activos, de manera tal que» se deben «ignorar las previsiones de la Ley del IRNR y del Convenio de Doble Imposición suscrito entre España y los Países Bajos, pues aunque formalmente están en vigor a los efectos aquí controvertidos carecen de toda eficacia pues vulneran el principio de libre circulación de capitales contenido en el artículo 56 del Tratado CE».

Estas sentencias sirvieron de fundamento a sentencias posteriores de la AN. Así, en la Sentencia de 30 de mayo de 2019 (rec. núm. 534/2015 –NFJ074008–), sobre la base de los fundamentos jurídicos 5, 6 y 7 de la Sentencia de 31 de marzo de 2010 (rec. núm. 14/2007 –NFJ079439–), se desplegó un análisis de comparabilidad en relación con un fondo de pensiones constituido en los Países Bajos, cuyos puntos esenciales pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- Coincidencia de los objetivos del fondo de pensiones con los establecidos en el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en la modalidad de sistema de empleo.

- Sujeción a los principios de «no discriminación de partícipes, capitalización de inversiones mediante sistemas financieros y actuariales, no revocabilidad de las aportaciones, atribución de los derechos a los partícipes y supervisión administrativa, principios recogidos a su vez en el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/92».
- Exención por el IS neerlandés.

Esta sentencia se hizo eco de la modificación legislativa, a la que seguidamente se hace referencia, a modo de confirmación de la irregularidad preexistente. En efecto, la Ley 2/2010, de 1 de marzo, por la que se trasponen determinadas Directivas en el ámbito de la imposición indirecta y se modifica la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes para adaptarla a la normativa comunitaria (Ley 2/2010), añadió un supuesto de exención al artículo 14.1 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo (TRLIRNR), letra k), la cual beneficia únicamente a los fondos de pensiones residentes en algún Estado miembro de la UE o del EEE cuando medie un convenio bilateral para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria, pese a que las sentencias del TJUE habían enfocado el conflicto bajo el prisma de la libertad de movimiento de capitales, y lo propio han venido haciendo posteriormente las sentencias de la AN citadas y, en fin, se refiere a los dividendos, pero no a otro tipo de rentas, singularmente a los intereses, seguramente porque estos, en cuanto percibidos por residentes en Estados miembros, ya estaban exentos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR.

Más allá de esas cortedades, ha de destacarse que el nervio del precepto está en la equivalencia de los fondos de pensiones extranjeros en relación con los españoles, centrándose esa equivalencia en la naturaleza de los riesgos cubiertos y en el régimen fiscal del fondo de pensiones y de sus partícipes. Por tanto, no todo fondo de pensiones residente en un Estado miembro de la UE o del EEE tendrá derecho a la exención respecto de los dividendos internos salientes.

Así, no estarán exentos aquellos fondos que cubran riesgos distintos de los previstos en la Ley de planes y fondos de pensiones, ni los que, respecto de las contribuciones empresariales, concedan derecho de rescate, ni aquellos cuyos partícipes carezcan de un régimen fiscal basado en la tributación diferida de las cantidades aportadas o que no deban tributar sobre las rentabilidades acumuladas.

En suma, la exención se proyecta respecto de los dividendos externos salientes pagados a los fondos de pensiones que responden al esquema fiscal de reducción en base imponible de las cantidades aportadas, exención de las rentabilidades en sede del fondo de pensiones, y tributación íntegra de las prestaciones, ya que ese esquema es el que cumple con «la tributación efectiva de todas las aportaciones y contribuciones así como de la rentabilidad obtenida en el momento de la percepción de la prestación».

El precepto acierta en residenciar la exención en el principio de equivalencia. En efecto, la restricción a las libertades comunitarias, según jurisprudencia del TJUE, solo se perfecciona cuando las situaciones interna y externa sean comparables. Sin embargo, tal vez haya sido excesivamente riguroso en la concreción de los elementos determinantes de la equivalencia, en particular, por lo que se refiere al esquema fiscal.

3.1.2. Retención a instituciones de inversión colectiva

En la Resolución de 25 de octubre de 2012 (RG 2644/2009 –NFJ049148–), el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) constató la existencia de un trato diferente, y peor, de las instituciones de inversión colectiva comunitarias respecto de las españolas, por cuanto estas últimas, al tributar al 1 %, obtenían la devolución de las retenciones sobre dividendos en intereses, en tanto que las comunitarias no obtendrían la de las practicadas por el IRNR.

La resolución tomó nota de la sentencia del TJUE *Santander Assetts Management* (Sentencia de 10 de mayo de 2012, asuntos acumulados C-338/11 a C-347/11 –NFJ046753–) y, hallando una identidad de razón con el objeto controvertido, concluyó que la normativa comunitaria se oponía a ese trato distinto «siempre que, claro está, ambos fondos de inversión sean objetiva y subjetivamente comparables», de manera tal que, por aplicación de la libertad de movimiento de capitales, debía devolverse:

[...] el exceso entre las cantidades efectivamente retenidas...y la cuota íntegra que resulta de aplicar su tipo impositivo del 1 %... tras verificar la concurrencia de dos premisas fácticas: que el fondo de inversión residente en otro Estado miembro... cumple los mismos requisitos que se exigen a los fondos residentes para acceder al régimen fiscal especial...y cuál ha sido el importe de las cantidades efectivamente retenidas...

La resolución versó sobre hechos anteriores al establecimiento de la exención para estas rentas en el IRNR, mediante la incorporación, por la Ley 2/2010, de la letra l) al artículo 14.1 del TRLIRNR.

Se notará que la resolución pone énfasis en la situación comparable de los fondos de inversión extranjeros y españoles respecto de las rentas concernidas, en el caso dividendos, lo que exige que aquellos cumplan los requisitos que se exigen a estos para acceder al régimen fiscal especial, en particular el número de accionistas o partícipes no inferior a 100, entre otros.

En la misma línea se pronunció la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid de 28 de marzo de 2016.

La Sentencia del TSJ de Madrid de 6 de abril de 2017 (rec. núm. 136/2017 –NFJ073106–) desestimó el recurso planteado, porque la entidad que había sufrido retención sobre los di-

videndos, aun cuando constituida en Irlanda y amparada por la normativa comunitaria sobre instituciones de inversión colectiva, no había acreditado que estuviera en una situación comparable con las instituciones de inversión colectiva españolas que disfrutaban de un régimen fiscal específico, en particular, según relato incorporado por la sentencia del TS, que seguidamente se comenta:

[...] la demandante no ha acreditado que tenga más de 100 partícipes, tampoco la tenencia del patrimonio o capital social mínimo exigido para las IICs residentes, ni el que se exige para los fondos de inversión de carácter financiero, 3.000.000 euros, con carácter general, ni tampoco el que se exige las SICAV de 2.400.000 euros; en definitiva, la reclamante no ha acreditado estar en situación de igualdad con las IICs españolas en los aspectos que resultan relevantes para el acceso al régimen fiscal especial que demanda.

Se trata, bien se ve, de un razonamiento fiel al análisis de comparabilidad, propio de las sentencias del TJUE.

La Sentencia del TS de 27 de marzo de 2019 (rec. núm. 5405/2017 –NFJ073061–) casó la sentencia precedente, por cuanto:

[...] a las OICVM no residentes no le[s] es de aplicación el régimen especial del impuesto sobre sociedades, puesto que no están sujetas al impuesto sobre sociedades, que por serie de aplicación a las OICVM residentes da lugar a la reducción en la tributación de aquellos rendimientos, lo que conlleva que el único medio que posibilita que se otorgue un trato no diferenciado restrictivo a las no residentes respecto de las residentes es considerar que se produce la vulneración del principio recogido en el art. 63 del TJUE, y solo una vez declarada su vulneración se podrán beneficiar las no residentes del mismo régimen tributario, pero por la vía de la devolución de lo indebidamente retenido, esto es, estamos ante una infracción originaria que existe por el hecho mismo de que en el IRNR la retención no sea propiamente tal, sino una forma *sui generis* de gestión tributaria, en tanto que lo denominado como retención no es un pago a cuenta pendiente de un ajuste posterior, sino el pago final de la cuota, sin posibilidad alguna de reembolso de lo excesivo, precisamente porque la ley no concibe en su diseño legal la posibilidad de exceso...

Esta argumentación apenas sí prestó atención al análisis de comparabilidad.

Ya en la Sentencia 935/2018, de 5 de junio (rec. núm. 634/2017 –NFJ070742–), el TS se había pronunciado, en el mismo sentido, de manera concluyente, indicando que:

[...] no es preciso ahondar, por consiguiente, en la existencia de una infracción del Derecho de la Unión Europea que luce con toda evidencia a resultados de la lectura

de las sentencias que hemos reseñado... Baste con considerar que la sociedad recurrente fue sometida a una retención en el IRNR, practicada por las respectivas sociedades pagadoras de los dividendos en los periodos consignados en los antecedentes de hecho, y que tal retención, en la mecánica del impuesto, es ya inamovible, esto es, supone en realidad la cuota tributaria. Tal modo de gestionar el impuesto implica la exigencia de un gravamen que, de un lado, supera al que sería finalmente procedente para la sociedad si fuera residente; y, de otro, impide al sujeto pasivo promover, en el seno del impuesto, la devolución de esa diferencia.

En su Sentencia de 5 de febrero de 2020 (rec. núm. 4275/2018 –NFJ079428–), el TS abundó en la argumentación precedente, indicando que:

[...] la Ley reguladora del IRNR no prevé mecanismos para el reintegro de los ingresos satisfechos en contravención del Derecho de la Unión Europea... no es la concreta situación de cada OICVM no residente la que justifica, en los términos del art. 65 del TFUE, la restricción, y que en algún caso particular pueda repararse la diferencia, sino que la justificación del trato fiscal diferenciado entre IICs residentes y no residentes debe contenerse en la propia normativa nacional, esto es, que la misma no sea contraria a la circulación de capitales... nos encontramos ante una infracción del Derecho de la Unión Europea originaria, que existe por el hecho mismo de que en el IRNR la retención no sea propiamente tal, sino una forma *sui generis* de gestión tributaria, en tanto que lo que se denomina «retención» no es un pago a cuenta pendiente de un ajuste posterior, sino el pago final de la cuota, sin posibilidad alguna de reembolso de lo excesivo, precisamente porque la ley no concibe en su diseño legal la posibilidad de exceso.

Así pues, el TS ha preterido el análisis de comparabilidad o, si se quiere, lo ha dado por supuesto, tratándose de fondos de inversión residentes en Estados miembros de la UE.

Las sentencias precedentes, y otras del mismo año⁷, versaron sobre dividendos internos salientes pagados a instituciones de inversión colectiva residentes en Estados miembros de la UE, con anterioridad a la entrada en vigor de la exención aprobada por la Ley 2/2010. Esta ley incorporó una nueva letra l) al artículo 14.1 del TRLIRNR, en cuya virtud tendrán derecho a la exención todas las instituciones de inversión colectiva residentes en

⁷ Sentencia del TS de 16 de octubre de 2019 (rec. núm. 1754/2018), casa Sentencia del TSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2018 (rec. núm. 142/2017). Sentencia del TS de 25 de mayo de 2019 (rec. núm. 3699/2017) casa Sentencia de la AN de 16 de marzo de 2017 (rec. núm. 166/2014). Sentencias de la AN de 6 de junio de 2019 (rec. núm. 48/2015); de 30 de julio de 2019 (rec. núm. 518/2015); de 5 de julio de 2019 (recs. núms. 702/2015 y 292/2015); de 30 de mayo de 2019 (rec. núm. 70/2015); de 27 de mayo de 2019 (rec. núm. 67/2015); de 20 de mayo de 2019 (rec. núm. 189/2015); de 9 de mayo de 2019 (rec. núm. 293/2015); de 3 de mayo de 2019 (rec. núm. 71/2015); de 7 de febrero de 2019 (recs. núms. 437/2015 y 447/2015) y de 12 de julio de 2018 (rec. núm. 289/2015).

algún Estado miembro, reguladas en la Directiva 2009/65, así como las residentes en algún Estado miembro del EEE que haya suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria.

Se notará que, a diferencia de la exención introducida por la propia Ley 2/2010 respecto de los fondos de pensiones, no se exige a los fondos de inversión residentes en algún Estado miembro que cumplan con los requisitos exigidos a las instituciones de inversión colectiva residentes en España, para disfrutar del régimen fiscal privilegiado. Basta con la sujeción a la Directiva 2009/65. De esta manera, el legislador de la Ley 2/2010 ha liberado del análisis de comparabilidad a las instituciones de inversión colectiva sujetas a la Directiva 2009/65.

La opción escogida por el legislador podrá tener el efecto de conceder la exención por el IRNR a ciertas instituciones de inversión colectiva residentes en algún Estado miembro de la UE que, caso de ser residentes en España, no tendrían derecho a la aplicación del tipo de gravamen del 1 %. Así, todas aquellas que no alcanzaren los 100 socios o partícipes.

El artículo 14.1 l) versa sobre las instituciones de inversión colectiva comunitarias. Una interpretación del mismo en sentido negativo propugnaría la sujeción sin exención por el IRNR de las instituciones de inversión colectiva extranjeras no comunitarias. Ahora bien, de acuerdo con las sentencias del TJUE sobre la materia, la libertad de movimiento de capitales podría obligar al reconocimiento de la exención, en cuanto se hallaren en una situación comparable a las instituciones de inversión colectiva residentes.

El Auto del TS de 27 de junio de 2018 (rec. núm. 3023/2018 –NFJ075579–) admitió a trámite el recurso de casación contra la Sentencia del TSJ de 26 de febrero de 2018 (rec. núm. 562/2017 –NFJ075580–), que negó la exención a una institución de inversión colectiva constituida en los Estados Unidos, destacando dos cuestiones de interés casacional objetivo, a saber:

[...] determinar si el análisis de comparabilidad... se debe realizar conforme a la legislación española de fuente interna sobre instituciones de inversión colectiva o conforme a la Directiva 2009/65/CE, y decidir si la cláusula de intercambio de información del convenio bilateral hispano-norteamericano era suficiente a los efectos de la valoración de las pruebas congruentes con el referido análisis.

El tribunal de instancia había centrado el análisis de comparabilidad en los requisitos que la legislación fiscal española exigía a las instituciones de inversión colectiva residentes para disfrutar del tipo especial reducido del 1 %, y consideró que «las pruebas aportadas por el Fondo de Inversión no acreditan que cumple con la normativa española en cuanto al número de partícipes y capital mínimo exigido».

El TS en la Sentencia de 13 de noviembre de 2019 (rec. núm. 3023/2018 –NFJ075576–), probablemente influido por sus sentencias anteriores, destacó que lo verdaderamente de-

cisivo era que «siguiendo la doctrina consolidada del TJUE, los fondos de inversión, en general los UCITS, residentes como no residentes han de recibir el mismo trato fiscal», de manera tal que «cuando no es así, y se conculca el art. 63 del TFUE, sin concurrir las excepciones del art. 65, tienen derecho a solicitar la devolución de la retención práctica[da] sobre los dividendos recibidos». Y, siguiendo esa línea argumental, respondió a la primera cuestión con interés casacional afirmando que:

[...] no basta con la simple denominación de fondo de inversión o similar del no residente, sino que debe verificarse que efectivamente el fondo de inversión no residente posee una naturaleza comparable con los fondos de inversión residentes o de otros Estados miembros... toda vez que la Directiva OICVM no se aplica a los fondos de inversión establecidos en países terceros, debido a que se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, exigir que estos se regulen de manera idéntica en relación con los fondos de inversión residentes privaría de toda eficacia a la libertad de circulación de capitales»; esto es, no puede exigirse la identidad absoluta entre los fondos residentes regulados en la legislación española y los no residentes, no es posible exigir dicha identidad, sino que resulta suficiente que sean similares o equivalentes, encontrando los elementos configuradores que definen IICs en la Directiva 2009/65/CE...

De acuerdo con la doctrina precedente, que el TS reprodujo en la Sentencia de 14 de noviembre de 2019 (rec. núm. 1344/2018 –NFJ076129–), una institución de inversión colectiva residente en un Estado tercero estará en situación comparable con una residente en territorio español cuando su régimen sustantivo se asemeje al previsto en la Directiva 2009/65 y, por consiguiente, deberá disfrutar de un tratamiento fiscal equivalente por virtud de la libertad de movimiento de capitales reconocida en el TFUE (Cámara Barroso 2020).

En este sentido, el régimen fiscal de los dividendos internos salientes percibidos tanto por las instituciones de inversión colectiva residentes en Estados miembros como por las residentes en Estados terceros converge en la Directiva 2009/65, sea por sujeción directa o por sujeción a un régimen sustantivo comparable. A tenor de las sentencias del TS, la situación comparable no depende de la posición de las instituciones de inversión colectiva extranjeras frente a un determinado régimen fiscal, sino frente a un régimen sustantivo, esto es, el que dimana de aquella directiva.

Tras el artículo 14.1 I) del TRLIRNR y las sentencias del TS se adivina una línea de pensamiento inacabada respecto del test de comparabilidad. Ciertamente, el primer peldaño de la comparación es que la institución de inversión colectiva foránea lo sea, esto es, que se halle sujeta a un régimen sustantivo específicamente concebido para este tipo de entidades. Pero hay un segundo peldaño que no se ha subido, a saber, que la institución de inversión colectiva no residente cumpla con los requisitos básicos que han de cumplir las instituciones de inversión colectiva residentes para disfrutar del régimen fiscal específico, los cuales, en cuanto puramente objetivos, esto es, 100 o más socios o partícipes y una de-

terminada cifra de capital mínima, son independientes del régimen sustantivo y, por tanto, pueden ser cumplidos cualquiera que fuere el mismo.

Ahora bien, tras la sentencia *Aktienfonds-Kohl*n (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–), es posible que el TS deba reconsiderar su doctrina ya que, en el análisis de comparabilidad desplegado por el TJUE, los requisitos de carácter fiscal jugaron un papel decisivo. Así, cuando el régimen fiscal privilegiado de los fondos inversión residentes dependa de un conjunto de requisitos, deberá constatar si concurren en el fondo de inversión extranjero, en el contexto del análisis de comparabilidad.

Ciertamente, en *Aberdeen* (Sentencia de 18 de junio de 2009, asunto C-303/07 –NFJ033565–), el TJUE apreció una restricción a la libertad de establecimiento por causa de la retención sobre los dividendos internos salientes (Finlandia) a favor de una SICAV luxemburguesa, por cuanto los dividendos internos estaban exentos con carácter general. No sucede así en España, donde los dividendos derivados de participaciones que no conceden un porcentaje de, al menos, el 5 %, o cuyo valor de adquisición no sea superior a 20 millones de euros, tributan plenamente. De esta manera, una institución de inversión colectiva constituida en España que no cumpliera con los requisitos para disfrutar del tipo de gravamen especial del 1 %, pasaría a tributar por el régimen general y, consecuentemente, debería integrar en su base imponible esos dividendos. Por la misma razón, un fondo de inversión extracomunitario no debería tener derecho a la exención por el IRNR si no reuniera esos requisitos.

La AN, en su Sentencia de 9 de julio de 2020 (rec. núm. 198/2017 –NFJ078918–), tras reconocer que *Aktienfonds-Kohl*n (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–), establece el análisis de comparación sobre la base de los requisitos previstos en la legislación fiscal sin que la sujeción a la Directiva 2009/65 juegue papel alguno, concluye que:

[...] no es ese el camino seguido por nuestro TS que, al realizar la comparabilidad, lo hace con los criterios contenidos en las Directivas. La cuestión es relevante pues las Directivas no exigen un número mínimo de partícipes. En nuestra opinión, la razón del dictamen de nuestro Alto Tribunal se encuentra, como hemos dicho, en que nuestro legislador al reformar la LIRNR entendió que, para obtener el beneficio, bastaba con cumplir, como hemos visto, los requisitos contenidos en tales Directivas.

Y finaliza diciendo que:

[...] por otra parte, si se considera suficiente, a efectos de obtención del beneficio, con cumplir los requisitos de la Directiva y el art 63 del TFUE prohíbe «las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países», tampoco tiene sentido no aplicar el mismo criterio a las entidades residentes en países terceros, por lo que la comparabilidad debería realizarse en los mismos términos, es decir, deberá analizarse, en este caso, si la IIC de EEUU, cumple con los requisitos exigidos por la Directiva.

Los dos argumentos de la sentencia son de peso. Sin embargo, respecto del primero, cabe decir que, hasta el momento, el TS no se había pronunciado respecto del análisis de comparabilidad considerando la sentencia *Aktienfonds-Kohl* (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–) y respecto del segundo que subyace al mismo el criterio de nación más favorecida que, como se ha visto, ha sido descartado por el propio TJUE, de manera tal que lo pertinente no es dar un trato igual a las instituciones de inversión colectiva europeas y extraeuropeas sino no dar un trato peor a las instituciones de inversión colectiva europeas y extraeuropeas respecto de las españolas cuando aquellas y estas sean comparables por estar sujetas a un régimen sustantivo y fiscal similar.

Con todo, por decirlo con palabras llanas, el partido no se jugaba en sede del análisis de comparabilidad, pues la institución de inversión colectiva extranjera, en el caso norteamericano, al parecer tenía más de 100 socios o partícipes y un patrimonio superior a 3.000 millones de euros, por más que las pruebas aportadas al efecto fueran consideradas insuficientes en vía administrativa. El partido se jugaba en el campo del poder neutralizador de la restricción de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, en el caso el hispano-norteamericano. Y así será en la generalidad de los casos.

Empezaba ese partido con mal augurio para la Administración tributaria, por cuanto la sentencia advirtió que «en varios recursos en los que el planteamiento es idéntico, la Administración, a la que hay que suponer, como hemos dicho, una posición guiada por la coherencia, ha presentado escritos de allanamiento».

La sentencia de la AN, básicamente en consideración a *Amurta* (Sentencia de 8 de noviembre de 2007, asunto C-379/05 –NFJ026644–), aceptó el efecto neutralizador de la restricción por aplicación de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, pero indicó que «el TEAC en ningún momento afirma que la entidad reclamante o sus socios hayan deducido de la cuota la cantidad correspondiente al impuesto retenido en España». De esta manera, el conflicto se planteaba en relación con la parte a la que incumbía la carga de la prueba, siendo el hecho a probar que bien la institución de inversión colectiva o sus socios o partícipes habían hecho efectivo un crédito fiscal equivalente a la retención por el IRNR.

A este respecto la AN afirmó que:

[...] en nuestra opinión, la carga de la prueba, como en el fondo admiten el TEAC y la Abogacía del Estado, correspondía a la Administración, pues estamos ante un «hecho excluyente». Con dicha expresión se hace referencia a aquellos casos en los habiéndose acreditado los hechos que permiten la aplicación de una norma –en nuestro caso la existencia de discriminación–, el perjudicado por su aplicación pretende acreditar hechos que «excluyen» o neutralizan sus efectos, siendo la carga de aportarlos de quien pretende la exclusión. Sin que la Administración desplegara al efecto actividad alguna... En el caso de autos, no consta que la Ad-

ministración requiriese expresamente a la entidad demandante para que aportase documentación relativa a la tributación soportada en el país de residencia –otra cosa podríamos acordar de no haber atendido al requerimiento–; y tampoco consta que la Administración hiciese uso de las facultades de información que le ofrecía el Convenio... además, tal y como se infiere de los informes aportados es altamente probable que la entidad demandante no haya podido acogerse al crédito fiscal al que se refiere la Abogacía del Estado. Como la Abogacía es consciente de dicho extremo afirma que, en tal caso, debería acreditarse la tributación soportada por los partícipes o socios. Ahora bien, exigir esta prueba a la demandante no estaría amparado por el criterio de la facilidad probatoria, pues esta información se encuentra fuera de su alcance. No puede pretenderse que la demandante acredite como han tributado sus partícipes o socios y se ha disfrutado y hecho efectivo un crédito fiscal que neutralice la discriminación...

En suma, la sentencia recibe el principio de neutralización de la restricción por causa de la aplicación de un convenio para evitar la doble imposición, pero exige que la Administración tributaria pruebe que, ya sea la institución de inversión colectiva o sus socios o partícipes, hayan hecho efectivo un crédito fiscal correlativo a la retención por el IRNR.

Bien se comprende que el carácter vehicular de la institución de inversión colectiva, esto es, en cuanto instrumento de la inversión de los capitales aportados por sus socios o partícipes que, obsérvese bien, está presente en la argumentación de la AN, en cuanto admite que la acreditación de la efectividad del crédito fiscal verse también respecto de «la tributación soportada por los partícipes o socios», determinará que, en no pocas ocasiones, dependiendo de la contextura del sistema fiscal extranjero, la prueba de la efectividad del crédito fiscal deba proyectarse sobre estos últimos. Prueba difícil, por no decir imposible, si se lleva al extremo de exigir la acreditación de tal efectividad en sede de todos y cada uno de los socios o partícipes, por más que no pueda afirmarse que a ella aboca inexorablemente la sentencia de la AN. Y fue en este punto donde el voto particular arrojó nuevas perspectivas.

El voto particular observó que en el expediente constaba «un informe de la Consejería de Finanzas en EEUU, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en el que se recoge el régimen fiscal en cuanto a las deducciones aplicables a las RICs por doble imposición internacional, probando, así, el Derecho extranjero aplicable», y que del mismo se deducía que las instituciones de inversión colectiva norteamericanas tributan sobre la totalidad de sus beneficios a los tipos de gravamen de la imposición sobre los beneficios, pero también que podían reducir su base imponible por razón de los dividendos distribuidos a sus socios o partícipes. No constaba en el expediente la tributación a la que se sometían los socios o partícipes.

Pues bien, sobre la base de la prueba del derecho extranjero, realizada a través del informe referido, que no fue combatido por la representación procesal de la demandante, el voto particular concluyó que:

[...] las RICs [institución de inversión colectiva norteamericanas] se encuentran sometidas a un tipo impositivo que permite la deducción del gravamen impuesto en España, neutralizando así la carga tributaria. Ello no es negado por la recurrente y la demandada prueba los tipos impositivos para el 2007 sin que conste alteración de los mismos respecto de los ejercicios que nos ocupan. La regla general es que las RICs no pueden deducirse como gasto los dividendos no repartidos a los partícipes y los repartidos a los partícipes en el fondo, solo pueden deducirse como gastos, cumpliendo una serie de requisitos. Si no cabe la deducción de dividendos como gastos, quedan gravados a los tipos del 15 % al 38 %, y, por ello, es evidente que puede aplicarse la deducción por doble imposición internacional garantizada por el Convenio, ya que la carga fiscal en EEUU es suficiente para ello. En tal caso se consigue la neutralización de la carga tributaria dado los tipos aplicables en EEUU a las rentas de las RICs. En el supuesto de que la RIC cumpla los requisitos para deducir como gastos los dividendos pagados a los partícipes en el fondo de inversión, se plantea el siguiente problema: En el caso de que la deducción venga referida al dividendo bruto repartido (elevando al íntegro el dividendo) entonces la deducción del gasto incluye el impuesto pagado en España, por lo que se obtiene la neutralización de la carga tributaria. Si la deducción del gasto por reparto de dividendo viene referida al neto (no se produce elevación al íntegro), entonces no opera la neutralización de la carga tributaria. Esta cuestión no queda clara por la prueba practicada.

El voto particular despliega un análisis basado en la contextura del sistema fiscal norteamericano puesto en relación con el convenio para evitar la doble imposición hispano-norteamericano, según el cual la neutralización se produce como regla general, excepto si se distribuyen dividendos y la base imponible de la institución de inversión colectiva se minorara en el importe neto de aquellos. Así las cosas, la carga de la prueba se desplaza hacia el contribuyente, quien «debe acreditar que se encuentra en el supuesto excepcional en que puede deducirse el gasto en concepto de dividendos repartidos, y que esa deducción en su configuración, le impide neutralizar la carga tributaria».

Lo relevante de la sentencia de la AN es la recepción del principio de neutralización de la restricción a través del convenio bilateral para eliminar la doble imposición. Lo relevante del voto particular es que sugiere un camino probatorio que distribuiría la carga de la prueba de la siguiente manera:

- Corresponde a la Administración tributaria probar que, con arreglo a legislación fiscal extranjera y al método para eliminar la doble imposición previsto en el convenio para evitar la doble imposición aplicable, la institución de inversión colectiva o sus partícipes tienen derecho a hacer efectivo un crédito fiscal equivalente a la retención por el IRNR. No basta, pues, que el convenio reconozca un crédito de impuesto, sino que se precisa que la forma en cómo tribute la institución de inversión colectiva o sus socios o partícipes permita, en principio, su aprovechamiento.

- Corresponde al contribuyente probar que, pese a estar reconocido por el convenio para evitar la doble imposición un crédito fiscal respecto de la retención por el IRNR, no ha podido ser aprovechado.

Puesto que el convenio hispano-norteamericano habilita a la jurisdicción fiscal de la fuente, en el caso España, a retener sobre el dividendo pagado por entidades residentes, y obliga a la jurisdicción fiscal de la residencia, en el caso los Estados Unidos, a conceder un crédito fiscal hasta el importe de la cuota íntegra generado por el dividendo, lo lógico es entender que ese crédito fiscal podrá hacerse efectivo en la generalidad de los casos. Por tanto, una descripción relativa a la contextura de la legislación fiscal extranjera respecto del tratamiento de los fondos de inversión y de sus socios o partícipes debería ser suficiente para probar, en su caso, la efectividad del crédito fiscal. En términos generales, ese ejercicio concluirá en una prueba de la efectividad del crédito fiscal, entre otros, en los siguientes casos:

- El fondo de inversión tributa sobre los dividendos de fuente extranjera a un tipo de gravamen superior al de la retención.
- El fondo de inversión tributa en régimen de atribución o transparencia y transfiere el crédito fiscal a sus socios o partícipes.
- El fondo de inversión está exento por la parte de los beneficios distribuidos, obligatoria o facultativamente, a sus socios o partícipes y les transfiere el crédito fiscal.
- El fondo de inversión está exento y sus socios o partícipes tributan con ocasión de la transmisión o reembolso de la participación, pudiendo ejercitar el crédito fiscal.

Cuando el fondo de inversión no tributa y no está prevista la transferencia del crédito fiscal a sus socios o partícipes, también se produce un aprovechamiento parcial del mismo en la medida en que la retención reduce el importe del dividendo gravable en sede de su perceptor o, dicho de otra manera, el aprovechamiento del crédito fiscal se produce en base imponible antes que en la cuota. Por esta razón si, por imperativo de la libertad de movimiento de capitales, hubiera de devolverse la retención por el IRNR, esa devolución nunca debería abarcar su total importe, sino aquel necesario para producir un efecto equivalente al aprovechamiento pleno del crédito fiscal⁸.

⁸ Ejemplo 1:

En la columna de la izquierda la tributación con retención por el IRNR, y en la de la derecha la tributación sin retención por el IRNR.

Tributación en la fuente.

Dividendo pagado bruto	100	100
Retención IRNR	15	0
Dividendo neto	85	100

Tributación en la residencia.

Caso 1. El fondo de inversión tributa en atribución. Se reconoce el crédito fiscal al socio o partícipe, el cual tributa al 40 %.

Cuota íntegra del socio o partícipe	40 (85 + 15/40%)	40 (100/40%)
Crédito fiscal	15	0
Cuota a pagar del inversor colectivo	25	40
Renta neta	60 (100 – 15 – 25)	60 (100 – 40)

Comentario: Los ingresos fiscales se distribuyen entre la jurisdicción fiscal de la fuente (España) y la jurisdicción fiscal de la residencia (EE. UU.) de acuerdo con el convenio hispano-norteamericano; la doble imposición queda eliminada y no existe restricción a la libertad de movimiento de capitales. En la columna de la derecha todos los ingresos fiscales los capta la jurisdicción fiscal de la residencia (EE. UU.), incumpléndose el convenio; no hay doble imposición ni restricción a la libertad de movimiento de capitales.

Caso 2. El fondo de inversión tributa al 21 %. Se reconoce el crédito fiscal al fondo de inversión. Los socios o accionistas no tributan sobre los dividendos distribuidos por el fondo de inversión.

Cuota íntegra del fondo de inversión	21 (85 + 15/21%)	21
Crédito fiscal	15	0
Cuota a pagar por el fondo de inversión	6	21
Renta neta	79 (100 – 15 – 6)	79 (100 – 21)

Comentario: Los ingresos fiscales se distribuyen entre la jurisdicción fiscal de la fuente (España) y la jurisdicción fiscal de la residencia (EE. UU.) de acuerdo con el convenio hispano-norteamericano; la doble imposición queda eliminada; no existe restricción a la libertad de movimiento de capitales; los socios o accionistas no padecen doble imposición interna. En la columna de la derecha todos los ingresos fiscales los capta la jurisdicción fiscal de la residencia (EE. UU.), incumpléndose el convenio; no hay doble imposición ni restricción a la libertad de movimiento de capitales.

Caso 3. El fondo de inversión tributa, pero está exento. Los socios o accionistas tributan sobre los dividendos distribuidos al 40 %. No se reconoce crédito fiscal ni al fondo de inversión ni a los socios o partícipes.

Cuota íntegra del fondo de inversión	0	0
Crédito fiscal	0	0
Cuota a pagar por el fondo de inversión	0	0
Renta neta	85 (100 – 15)	100 (100 – 0)
Cuota íntegra del socio o partícipe	34 (85 + 0/40%)	40 (100/40%)
Crédito fiscal	0	0
Cuota a pagar del inversor colectivo	34	40
Renta neta	51 (100 – 15 – 34)	60

Comentario: Los ingresos fiscales se distribuyen entre la jurisdicción fiscal de la fuente (España) y la jurisdicción fiscal de la residencia (EE. UU.) de acuerdo con el convenio hispano-norteamericano. Los socios o accionistas padecen doble imposición internacional, pero no por la totalidad de la retención por el IRNR

Con independencia de la observación precedente relativa al aprovechamiento en la base imponible del crédito fiscal, sin duda relevante pero de difícil concreción práctica, y de los problemas asociados a la práctica de la prueba, campo fértil para el arte de la confrontación, puede observarse que el efecto de las sentencias del TJUE tal y como, hasta el momento, han sido interpretadas por el TS y la AN, ha consistido en eliminar la retención por el IRNR cuando la legislación fiscal del país de la residencia del fondo de inversión no permite hacer efectivo el crédito fiscal previsto en el correspondiente convenio para evitar la doble imposición. De esta manera, la ineficiencia del régimen fiscal extranjero respecto de la efectividad del crédito fiscal puesta en relación con la libertad de movimiento de capitales perturba la retención por el IRNR, la cual se halla amparada por el convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

Pudiera pensarse que la sentencia de la AN ha puesto fin al conflicto conocido como de «los fondos de inversión norteamericanos», de manera tal que lo apropiado sería el allanamiento de la Administración tributaria pero, si bien se mira, lo que la sentencia indica es que la defensa de la retención por el IRNR sobre la base del principio de la neutralización mediante un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, siendo correcta en sí misma, requiere un mayor esfuerzo probatorio en relación con la efectividad del crédito fiscal. Mediando la efectividad del crédito fiscal, la retención por el IRNR, dentro del límite previsto en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición correspondiente, no es irregular frente al Derecho de la UE, debiendo destacarse que la sentencia parece sugerir que tal efectividad podría buscarse incluso en sede de los socios o partícipes. El voto particular, simplemente, alivia la carga de la prueba que corresponde a la Administración tributaria, sugiriendo un camino basado en la prueba del derecho extranjero.

3.1.3. Retención a entidades aseguradoras

La Sentencia del TS de 5 de junio de 2018 (rec. núm. 634/2017 –NFJ070742–) versó sobre la determinación del día inicial a los efectos de calcular el importe de los intereses correspondientes a la devolución de una retención sufrida por una entidad aseguradora no residente sobre los dividendos de acciones afectas a la materialización de las provisiones técnicas. La devolución había sido reconocida en vía administrativa por causa de caducidad, pero tanto la sentencia recurrida como la que se comenta entraron en la pertinencia de

sino por la diferencia entre ese importe total de la retención y el resultado de aplicar al mismo el tipo de gravamen $[(15 - 15/40\%) = 9]$. Esta doble imposición la crea la jurisdicción fiscal de la residencia. En consecuencia, si la restricción a la libertad de movimiento de capitales finalmente, de acuerdo con las sentencias de los tribunales de justicia, determinan la devolución por el IRNR, el importe de la misma debiera limitarse a lo necesario para eliminar la doble imposición. De esta manera, la renta neta del inversor sería: $60 (100 - 15 + 9 - 34)$. La renta del inversor colectivo también sería 60 si se devolviera la total retención, esto es, 15 y la jurisdicción fiscal de la residencia gravara ese importe $(15/40\% = 6)$. Pero si se devolviera 15 y no se gravara ese importe la renta del inversor colectivo sería 66 $(100 - 15 - 34 + 15)$.

Se observará que el parámetro de control, en todos los casos, es la renta neta.

la devolución. Las dos observaron que las entidades aseguradoras residentes obtendrían la devolución de la retención practicada, o su compensación total, en la medida en que la dotación a la provisión técnica era un gasto fiscalmente deducible, y concluyeron que era obligado dar un tratamiento equivalente a las entidades aseguradoras residentes en otro Estado miembro, de manera tal que:

[...] la infracción del Derecho de la Unión Europea, cuya existencia no pone la Administración en tela de juicio, obliga a una reparación íntegra por la pérdida de disponibilidad del dinero ocasionada por la exacción de un tributo contrario al Derecho de la Unión, que le deje indemne y, a un tiempo, no provoque un enriquecimiento injusto de la Administración si solo reconoce el pago de los intereses moratorios a partir de una fecha posterior a aquella en que se satisfizo el tributo... Finalmente, cabe añadir que la infracción al Derecho de la Unión Europea es en este caso originaria, no sobrevenida, tal como sostiene la sentencia de instancia como base de su estimación parcial y deriva de lo declarado por el TJUE de 17 de septiembre de 2015 en los asuntos acumulados C-10/14, C-14/14 y C-17/14 (Miljoen).

La Sentencia del TS de 10 de abril de 2019 (rec. núm. 2994/2017 –NFJ079430–) se pronunció en términos similares, indicando que:

[...] como culminación de cuanto hemos expuesto, debemos afirmar que la vulneración del Derecho de la Unión Europea es aquí de doble signo: de un lado, en su aspecto material, porque las sociedades no residentes receptoras de dividendos de empresas residentes son discriminatoriamente tratadas en relación con esas mismas empresas si fueran residentes, como consecuencia de que la base imponible del impuesto real se calcula en las primeras sobre el importe íntegro (artículos 23 de la Ley 41/1998 y 24 del Texto Refundido de 2004), sin posibilidad alguna de deducir los gastos o provisiones y, además, por razón de que la ley española a que se someten por obligación real tales rendimientos no prevé mecanismos específicos de recuperación de los ingresos excesivos.

La Sentencia de la AN de 20 de septiembre de 2018 (rec. núm. 154/2015 –NFJ079437–), resolvió, como no podía ser de otra manera, en la misma línea, siendo destacable la alusión a la función de las provisiones técnicas en el seguro *unit linked*, de manera tal que:

[...] esta Sala como diligencia final, solicitó al Ministerio de Economía y Competitividad (Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones) que informase sobre si una compañía de seguros española que comercializase los denominados seguros «unit linked», que invirtiese las primas de dichos seguros en acciones de sociedades residentes en España y que sufriese una retención en los dividendos pagados por estas últimas, estaba facultada/obligada a dotar las provisiones técnicas y cuál era el criterio aplicado por la Administración en los periodos 2002 a 2006. El Minis-

terio de Economía y Competitividad contestó que: «Las provisiones técnicas deben reflejar los compromisos del asegurador con el asegurado, lo que se determinará en función de los activos específicamente afectos o de los índices o activos que se hayan fijado como referencia para determinar el valor económico de sus derechos según el art. 37 del Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, aprobado por el RD 2486/1998, de 20 de noviembre. Por tanto, la determinación del importe de la provisión técnica se realizará conforme al contrato suscrito con el tomador. Si del citado contrato se infiere que la valoración de los derechos económicos del tomador, incluye la variación de valor y los rendimientos económicos de las acciones, la compañía debe incluir el valor íntegro de dichos rendimientos en el valor de la provisión técnica». Por lo tanto, según informa el Ministerio de Economía y Competitividad, el importe que se tiene en cuenta para dotar la provisión es el importe bruto del dividendo (incluyendo el importe de las retenciones).

En términos similares, la Sentencia de la AN de 20 de septiembre de 2018 (rec. núm. 174/2015).

Tanto las sentencias de la AN como las del TS apreciaron una discriminación prohibida por el Derecho de la UE, por cuanto las provisiones técnicas asociadas al contrato de seguro *unit linked* procurarían la devolución, o la compensación, de la retención a las entidades residentes, en tanto que las entidades aseguradoras no residentes sufrirían una retención por el IRNR sobre el importe bruto del dividendo. Procedía, pues, la devolución de las retenciones.

El TS fijó la fecha de inicio del devengo de los intereses en el momento en que se practicaron las retenciones, en tanto que la Sentencia de la AN de 28 de octubre de 2016 (rec. núm. 13/2013 –NFJ064711–) lo hizo en el momento de presentación de la solicitud de devolución. Ninguna de las dos dio satisfacción al principio de igualdad de trato, puesto que las entidades aseguradoras residentes obtienen la devolución, o la compensación, dentro de los seis meses siguientes al término del plazo para la presentación de la declaración por el IS.

Todas las sentencias comentadas se refieren a dividendos internos salientes pagados antes de que la Ley 2/2010 hubiera añadido al artículo 24 del TRLIRNR un nuevo apartado, numerado 6, posteriormente modificado por la Ley 26/2014, en cuya virtud, para determinar la base imponible, podrán deducirse los gastos que estén «relacionados directamente con los rendimientos obtenidos en España» y que tengan «un vínculo económico directo e indisoluble con la actividad realizada en España», si bien la retención se practicará sobre el importe íntegro del dividendo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31.2 del TRLIRNR, y el obligado tributario podrá obtener la devolución mediante la pertinente declaración, de acuerdo con lo establecido en el artículo 28 del TRLIRNR.

El artículo 24.6 del TRLIRNR versa sobre las rentas pagadas a los contribuyentes residentes en otro Estado miembro de la UE o del EEE siempre que exista un efectivo intercambio de información tributaria, tal vez porque el sustrato del mismo sea la realización de

una actividad económica y, por tanto, la libertad comunitaria afectada sea la de establecimiento o la de prestación de servicios.

El problema, bien se comprende, consiste en determinar, de una parte, si los dividendos internos salientes percibidos por las entidades aseguradoras constituyen ingreso de la actividad aseguradora desarrollada en España, y de otra, si las provisiones técnicas están directa e indisolublemente ligadas a esos dividendos.

La doctrina que se desprende de las sentencias evocadas parece dar una respuesta positiva, en relación con el contrato de seguro *unit linked*. En este contrato, la compañía de seguros recibe unas primas que aplica a la adquisición de activos financieros que, junto con sus rendimientos, constituirán un capital que será entregado al tomador del seguro, llegado el vencimiento. Puesto que la variación de valor de los activos financieros es asumida por el tomador del seguro, sobre él recae el riesgo. Se trata, bien se ve, de un contrato que practican las compañías de seguros, pero que no implica la asunción de un riesgo por parte de las mismas.

Se notará que, si el inversor individual no residente hubiera acudido directamente al mercado financiero, la retención sobre los dividendos no sería discutida a la luz del Derecho de la UE, por cuanto los inversores individuales residentes la sufren y están sujetos a tributación sobre los mismos. Sin embargo, si acude a ese mercado a través de un contrato de seguro *unit linked*, esa retención sí será combatida. Esto no parece correcto. Cuestión diferente es la forma en la que esta irregularidad debe ser resuelta, lo que depende, en gran parte, de la forma en como el conflicto se plantee.

En las sentencias aludidas, el conflicto se planteó en términos de discriminación frente al Derecho de la UE. Sin embargo, faltó en ese planteamiento el análisis previo de la causa del contrato de seguro *unit linked*. Entendiendo por causa del contrato el efecto práctico que las partes persigan (Castro y Bravo, 1985, parte III, capítulo primero, p. 191), se puede atisbar que para la compañía de seguros es obtener un lucro derivado, no de la cobertura de un riesgo, sino de la administración de los capitales recibidos y que, correlativamente, para el tomador del seguro, es realizar una inversión financiera administrada por la compañía de seguros, bajo las directrices que él mismo impartirá. De acuerdo con esta causa, ni los capitales recibidos ni sus rendimientos forman parte del patrimonio de la compañía de seguros. Las provisiones técnicas no son sino la expresión contable de esa realidad contractual y su reconocimiento fiscal la consecuencia necesaria. Bajo este análisis, aun cuando la retención sobre los dividendos, u otros rendimientos de los capitales afectos al contrato *unit linked* se practique formalmente a la compañía aseguradora, sustancialmente recae sobre los inversores individuales. No habría lugar, pues, a la alegación de discriminación, por cuanto los inversores individuales también sufren retención y tributan por los dividendos y otros rendimientos recibidos. Más todavía, los inversores residentes que operan a través de contratos *unit linked* también están sujetos a tributación, si bien diferida al momento del vencimiento del contrato, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos.

Los razonamientos precedentes también podrían proyectarse respecto de las instituciones de inversión colectiva y los fondos de pensiones, por cuanto, en efecto, esas instituciones financieras se limitan a administrar unos capitales en beneficio de sus socios o partícipes. Sin embargo, ni el TJUE ni los tribunales nacionales han abundado en los mismos.

3.1.4. Retención a fundaciones

La Sentencia de la AN de 29 de enero de 2015 (rec. núm. 456/2011 –NFJ059853–) reconoció el derecho a la exención por el IRNR, respecto de una plusvalía inmobiliaria obtenida por una fundación no residente (Alemania), por cuanto:

[...] la Sala no alberga duda alguna de que la entidad demandante ha demostrado cumplidamente la concurrencia de los requisitos exigidos en los artículos 2 y 3 de la Ley 49/2002, lo que la sitúa en una posición jurídica que no permite un trato fiscal diferente del que correspondería a una entidad de utilidad pública sin fines lucrativos residente en España, la cual, conforme a lo previsto en el artículo 6.3.º de la Ley 49/2002, tendría derecho a la exención de la renta derivada de la enajenación del inmueble. Por ello, puede afirmarse que, a los efectos de este recurso, la demandante se encuentra jurídicamente en una «situación comparable» a la de las entidades sin fines lucrativos declaradas de utilidad pública residentes en España y ello, conforme a la doctrina del TJUE [sentencias de 6 de octubre de 2009 (C-153/08), de 27 de enero de 2009 (C-318/07), de 13 de marzo de 2008 (C-248/06) y de 14 de septiembre de 2006 (C-386/04)], determina que la aplicación por la Administración de un trato fiscal desfavorable respecto de la demandante incide en una discriminación que no ha sido justificada.

Aun cuando la sentencia versó sobre una plusvalía inmobiliaria, su argumentación puede también predicarse respecto de las rentas del capital, en particular dividendos e intereses, que por aplicación de los beneficios fiscales previstos en el artículo 6 de la Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo (Ley 49/2002), disfrutaban de exención.

Lo que llama la atención de la sentencia, puesta en comparación con las del TS relativas a los fondos de inversión, es el cuidadoso empeño en la constatación de que la situación de la fundación no residente es comparable a aquella de la fundación residente. No bastó, por tanto, que la entidad extranjera tuviera una base fundacional sino que fue preciso que cumpliera con todos y cada uno de los requisitos que el artículo 3 de la Ley 49/2002 exige para calificar a una fundación como entidad sin fines lucrativos, ya que es esta calificación la que abre la puerta a las ventajas fiscales. Solo en tal caso la fundación extranjera se hallaría en situación comparable con las fundaciones residentes y, por tanto, merecedora de la exención reclamada al amparo del principio de no discriminación.

La Sentencia del TSJ de Madrid de 17 de febrero de 2015 (rec. núm. 1843/2012 –NFJ079431–), tomando como referencia la sentencia del TJUE *Musicología* (Sentencia de 14 de septiembre de 2006, asunto C-386/04 –NFJ024303–), entendió que había de devolverse la retención sobre dividendos internos salientes soportada por una fundación no residente (Suecia), por cuanto su situación era comparable a la de las fundaciones residentes y estas no soportaban esa retención, de acuerdo con lo previsto en el artículo 12 de la Ley 49/2002:

[...] lo que comporta la inaplicación de la Ley del IRNR y del Convenio suscrito entre España y Suecia para evitar la doble imposición, pues reconocida la exención por la supremacía del Derecho comunitario no resulta aplicable el mecanismo previsto en dicho Convenio para reducir el nivel de imposición para el no residente,

De manera tal que resulta

[...] procedente estimar el presente recurso y reconocer a la entidad actora la exención fiscal reclamada, con la devolución de la retención practicada más el interés de demora desde la fecha en que se realizó el ingreso indebido, conforme al artículo 32.2 de la Ley 58/2003, General Tributaria,

por más que sus actividades no se desarrollaran en absoluto en España.

Musicología (Sentencia de 14 de septiembre de 2006, asunto C-386/04 –NFJ024303–), referida a arrendamientos de inmuebles, aplicó la libertad de movimiento de capitales, de manera tal que las fundaciones extracomunitarias también estarán amparadas por los criterios establecidos en la misma.

La sentencia fijó el inicio de cálculo de los intereses a partir del ingreso de la retención practicada, lo que parece pertinente desde el punto de vista de la neutralización del efecto financiero de la retención. Sin embargo, la retención se practicó correctamente pues la exención de la renta percibida por la fundación no residente y, por ende, la no sujeción a retención, estaba supeditada a la realización del análisis de comparabilidad, el cual debía realizarse en el curso de un procedimiento administrativo que podría concluir, o no, con la declaración del derecho a la devolución.

Al igual que acontece en relación con los fondos de pensiones y las instituciones de inversión colectiva, se hace necesaria una modificación del TRLIRNR en sintonía con los requerimientos del Derecho de la UE (Cívico Maldonado y Abad Gurumeta, 2017).

3.1.5. Retención sobre dividendos de participaciones significativas

El artículo 14.1 h) del TRLIRNR establece la exención de los dividendos internos salientes afectados por la Directiva 2011/96, la cual se proyecta, exclusivamente, respecto de

las entidades residentes en algún Estado miembro de la UE o del EEE, en las condiciones que en el mismo se establecen, entre ellas la de participar, al menos, en el 5 % o bien que el valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros. Los dividendos internos derivados de participaciones en las que concurren alguno de esos dos guarismos están exentos, en cuanto percibidos por entidades residentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la Ley 27/2014, y no soportan retención, a tenor del artículo 128.4 d) de la citada ley.

El porcentaje del 5 % puede ser suficiente para entender que la participación permita ejercer una influencia en las actividades de la entidad participada y, por tanto, que la inversión financiera sería merecedora del amparo de la libertad de establecimiento, pero no de la libertad de movimiento de capitales, de manera tal que la exención del artículo 14.1 h) del TRLIRNR cubriría, razonablemente, las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento, a la par que cumple con la Directiva 2011/96, como se ha indicado. El valor de adquisición superior a 20 millones de euros, tratándose de compañías grandes o medianas, no comportará, necesariamente, aquel tipo de influencia. Por tanto, la inversión financiera sería merecedora del amparo de la libertad de movimiento de capitales. Sin embargo, los dividendos internos salientes estarán sujetos a retención cuando la entidad perceptora resida en un Estado tercero, mientras que los dividendos internos no lo estarán y, además, disfrutarán de exención. Se amaga así el espectro de la restricción a la libertad de movimiento de capitales, en relación con los dividendos internos salientes pagados a entidades residentes en Estados terceros (exceptuados los del EEE).

Ciertamente, el preámbulo de la Ley 27/2014 indica que «la presente ley incorpora un régimen de exención general para participaciones significativas, aplicable tanto en el ámbito interno como en el internacional», pero esa calificación de la participación como significativa no es inexorable que conlleve, sin más, la influencia en las actividades de la entidad participada, que es lo que configura el ejercicio de la libertad de establecimiento. Este punto es clave. Si toda participación significativa, en el sentido de la Ley 27/2014, acarrea una influencia significativa en el sentido de las sentencias del TJUE, la fiscalidad de los dividendos relativos a aquellas cuyo valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros, habrá de ser enfocada desde la perspectiva de la libertad de establecimiento y, por tanto, se halla suficientemente regulada en el artículo 14.1 h) del TRLIRNR, pero, si no es así, el enfoque pertinente será el de la libertad de movimiento de capitales, la cual podría oponerse a la retención por el IRNR respecto de los dividendos internos salientes percibidos por entidades residentes en Estados terceros.

Es conveniente distinguir el conflicto potencial esbozado, de cuya efectiva existencia el autor de estas líneas carece de referencias prácticas, del que han protagonizado los fondos de inversión residentes en Estados terceros. En este conflicto, la piedra de toque era la comparación entre fondos de inversión españoles y fondos de inversión residentes en Estados terceros, y de ahí que se haya insistido en que esa comparación debiera incorporar los requisitos que habilitan el tipo de gravamen del 1 %. En cambio, en el conflicto potencial esbozado, la piedra de toque sería la posición de la entidad no residente frente al objetivo de

la eliminación de la doble imposición económica. Pues bien, esa posición, de acuerdo con la doctrina del TJUE, sería comparable a la de una entidad residente en territorio español, de manera tal que, estando exentos los dividendos internos, los dividendos internos salientes hacia entidades residentes en Estados terceros también deberían estarlo, por imperativo de la libertad de movimiento de capitales. Debe observarse, por otra parte, que el eventual incumplimiento, por los fondos de inversión residentes en Estados terceros, del requisito de cien socios o partícipes, solo aprovecharía la pretensión recaudatoria de la Hacienda Pública en relación con los dividendos que, caso de ser percibidos por una entidad residente, no disfrutarían de exención, ya que esos fondos de inversión deberían recibir, respecto de los dividendos internos salientes, el trato que corresponde a cualquier otra entidad no residente.

De acuerdo con lo expuesto, y bajo el supuesto de que la participación cuyo valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros no confiera, necesariamente, una influencia significativa en las actividades de la entidad participada, en tanto que la participación determinante de un porcentaje de participación del 5 % o más sí la confiere, resultaría el siguiente esquema de tributación para los dividendos internos salientes:

- Participación 5 %, Estado miembro de la UE o del EEE: exención, en los términos del artículo 14.1 h) del TRLIRNR.
- Participación 5 %, Estado tercero: retención. No opera la libertad de movimiento de capitales ni la de establecimiento. La primera porque la libertad preponderante es la de establecimiento y la segunda porque se trata de un Estado tercero.
- Participación superior a 20 millones de euros, Estado miembro de la UE o del EEE: exención, en los términos del artículo 14.1 h) del TRLIRNR.
- Participación superior a 20 millones de euros, Estado tercero: retención, posible restricción de la libertad de movimiento de capitales.
- Participación no superior a 20 millones de euros, Estado miembro de la UE o del EEE: retención. Igualdad de trato.
- Participación no superior a 20 millones de euros, Estado tercero: retención. Igualdad de trato.

Puede apreciarse que la decisión del legislador de la Ley 27/2014 de extender la exención total a los dividendos derivados de participaciones, cuyo valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros, ha podido tener un relevante impacto, y tal vez impremeditado, en el IRNR. Como se ha indicado, ese impacto depende de que la libertad de movimiento aplicable para las participaciones cuyo valor de adquisición sea superior a 20 millones de euros sea la de movimiento de capitales.

Tratándose de personas físicas no se atisba problema, ya que los dividendos internos tributan plenamente.

3.2. Plusvalías de cartera

Bajo la vigencia del TRLIS, las plusvalías derivadas de la transmisión de una participación significativa (5 %) sobre una entidad residente disfrutaban de una deducción en el IS calculada en función de los beneficios no distribuidos habidos durante el tiempo de tenencia de la participación (art. 30.5). Esta deducción no estaba reconocida en el IRNR.

La Sentencia del TS de 25 de octubre de 2013 (rec. núm. 1374/2011 –NFJ052539–) apreció que, respecto de las referidas plusvalías, entidades residentes y no residentes se hallaban en situación comparable, de manera tal que:

[...] la normativa controvertida no responde a una diferencia objetiva derivada del lugar de residencia de los contribuyentes, por lo que el tratamiento fiscal y más gravoso a una entidad residente en un Estado miembro de la Unión Europea que a una entidad residente en España, por las ganancias obtenidas en la transmisión de las acciones de una sociedad española, es contrario al principio de libre circulación de capitales.

En consecuencia, la sentencia reconoció «la procedencia del derecho de la recurrente a la aplicación de la correspondiente deducción para evitar la doble imposición sobre la ganancia patrimonial obtenida».

Como quiera que la sentencia se fundamentó en la libertad de movimiento de capitales, el criterio que en la misma se estableció era válido, no solo respecto de las entidades residentes en algún Estado miembro, sino también respecto de las residentes en Estados terceros.

Tras la Ley 27/2014, la exención de plusvalías de cartera obtenidas por entidades residentes se establece no solo respecto de las participaciones que, presumiblemente, otorgan el poder de ejercer una influencia significativa (porcentaje 5 %) y que, por tanto, los flujos financieros inherentes a las mismas están afectados por la libertad de establecimiento, sino también respecto de aquellas otras que, presumiblemente, no confieren, necesariamente, esa influencia (valor de adquisición superior a 20 millones de euros), cuyos flujos financieros estarán, por tanto, afectados por la libertad de movimiento de capitales.

Siendo el objetivo de la exención de las plusvalías de cartera eliminar la doble imposición económica, de la jurisprudencia del TJUE se desprende que las entidades no residentes se hallan, respecto de la percepción de ese tipo de renta, en situación comparable con las entidades residentes, de manera tal que las entidades residentes en algún Estado miembro deberían disfrutar de exención por el IRNR, bajo el amparo de la libertad de establecimiento, y las entidades residentes en Estados terceros deberían tener también acceso a la exención por el IRNR, bajo el amparo de la libertad de movimiento de capitales, esto es, en relación con las participaciones cuyo valor de adquisición fuere superior a 20 millones de euros, bajo la hipótesis de que las mismas no confieren la facultad de influir en las

decisiones de la entidad participada. Así, se alcanzaría la igualdad de trato entre entidades residentes y no residentes, en los términos de la jurisprudencia del TJUE.

El TRLIRNR no satisface la consecución de esa igualdad.

En efecto, de una parte, el artículo 14.1 c) regula la exención de las plusvalías de cartera mediante una remisión al artículo 21 de la Ley 27/2014, pero la refiere exclusivamente a entidades residentes en algún Estado miembro, al tiempo que la recorta cuando el activo de la entidad participada consista principalmente en bienes inmuebles situados en territorio español, y, de otra, el artículo 14.1 i) exime las plusvalías de cartera obtenidas por personas físicas o entidades no residentes sin mediación de establecimiento permanente en territorio español, siempre que sean residentes en un Estado que tenga suscrito con España un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, aun cuando no reúnan los requisitos previstos en el artículo 21 de la Ley 27/2014, a condición de que se trate de valores cotizados en mercados secundarios organizados españoles.

Si se admite que la libertad de movimiento de capitales del artículo 67 del TFUE exige que las plusvalías mobiliarias obtenidas por las entidades no residentes, cualquiera que fuere el lugar de su residencia, no tengan un trato menos ventajoso que las obtenidas por entidades no residentes, ha de reconocerse que la legislación en vigor no está plenamente alineada con este objetivo. En efecto, tienen un trato menos ventajoso las plusvalías que, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 21 de la Ley 27/2014, hayan sido obtenidas por entidades residentes en Estados terceros con los que no medie un convenio bilateral para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, o por entidades residentes en Estados terceros con los que se medie ese tipo de convenio, pero no realizadas en mercados secundarios organizados españoles.

La igualdad de trato entre entidades residentes y no residentes, amparada por la libertad de movimiento de capitales, solamente podría lograrse extendiendo a todas las entidades no residentes la exención en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley 27/2014.

Los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición solventarán esa desigualdad en la medida en que confieran, como es habitual, la competencia para gravar al Estado de la residencia de la entidad que obtiene la plusvalía. Sin embargo, bastantes de estos convenios establecen un sistema de competencia compartida en relación con las plusvalías inherentes a participaciones con sustrato inmobiliario o de carácter significativo. En este caso, la desigualdad podría ser neutralizada por las reglas del convenio que otorgan un crédito fiscal respecto del impuesto satisfecho en la fuente, en la medida en que el mismo pueda imputarse, totalmente, en la cuota correspondiente a la plusvalía.

De acuerdo con lo expuesto, y bajo el supuesto de que la participación cuyo valor de adquisición sea superior 20 millones de euros no confiere, necesariamente, una influencia significativa en las actividades de la entidad participada, en tanto que la participación de-

terminante de un porcentaje de participación del 5 % o más si la confiere, resultaría el siguiente esquema de tributación para los dividendos internos salientes:

- Participación 5 %, Estado miembro: exención, en los términos del artículo 14.1 c) del TRLIRNR. Posible restricción a libertad de establecimiento cuando la exención no proceda a causa del subyacente inmobiliario.
- Participación 5 %, Estado tercero: tributación sin exención. No opera la libertad de movimiento de capitales ni la de establecimiento. La primera porque la libertad preponderante es la de establecimiento y la segunda porque se trata de un Estado tercero.
- Participación superior a 20 millones de euros, Estado miembro: exención, en los términos del artículo 14.1 c) del TRLIRNR, posible restricción a la libertad de movimiento de capitales cuando la exención no proceda a causa del subyacente inmobiliario.
- Participación superior a 20 millones de euros, Estado tercero: tributación sin exención, posible restricción de la libertad de movimiento de capitales.
- Participación no superior a 20 millones de euros, Estado miembro: tributación sin exención. Igualdad de trato.
- Participación no superior a 20 millones de euros, Estado tercero: tributación sin exención. Igualdad de trato.
- Participación cotizada en mercado secundario oficial de valores españoles, mediando convenio bilateral para eliminar la doble imposición con cláusula de intercambio de información: exención en los términos del artículo 14.1 i) del TRLIRNR. Esta exención podrá subsanar las restricciones a las libertades anteriormente apuntadas.

En fin, tratándose de personas físicas no residentes, su tributación no es menos favorable que la prevista para las personas físicas residentes, ya que estas no disfrutaban de exención o reducción respecto de las ganancias patrimoniales, cualquiera que fuere el bien o derecho determinante de las mismas y, por otra parte, la Ley 2/2010 incorporó un nuevo apartado 4 al artículo 24 del TRLIRNR, a cuyo tenor la base imponible correspondiente a las ganancias patrimoniales se determina aplicando a cada alteración patrimonial las normas de la Ley 35/2006.

3.3. Tipo de gravamen de las rentas del capital

Como ha quedado expuesto anteriormente, el TJUE declaró que España había incumplido las obligaciones que le incumbían en relación con la libertad de movimiento de capitales,

al tratar de forma diferente, hasta el 31 de diciembre de 2006, las ganancias patrimoniales obtenidas en España según que los sujetos pasivos fuesen residentes o no residentes.

La disposición final tercera de la Ley 35/2006 modificó el tipo de gravamen del IRNR relativo a las plusvalías al objeto de homologarlo con el del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF). En la actualidad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.1 f) del TRLIRNR, todas las rentas del capital, esto es, dividendos, intereses y ganancias patrimoniales, tributan al tipo de gravamen del 19 %, coincidente con el tipo inicial de la escala aplicable a la base liquidable del ahorro, previsto en el artículo 66 de la Ley 35/2006, e inferior al tipo de gravamen nominal del IS.

3.4. Determinación de la base imponible

Ya se ha visto que la retención sobre el importe íntegro de los dividendos internos salientes derivados de la inversión financiera correspondiente a los seguros *unit linked* ha sido considerada improcedente debido al impacto de las provisiones técnicas. Por otra parte, de acuerdo con *Brisal* (Sentencia de 13 de julio de 2016, asunto C-18/15 –NFJ063337–), para determinar la base de cálculo de la retención sobre los intereses pagados a entidades financieras no residentes debían deducirse los gastos profesionales, por imperativo de la libertad de prestación de servicios.

Como ya se ha comentado, la Ley 2/2010 añadió un nuevo apartado, el 6, al artículo 24 del TRLIRNR, posteriormente modificado por la Ley 26/2014, para exceptuar la regla general de determinación de la base imponible por el importe íntegro admitiendo, al efecto, la deducción de aquellos gastos que, sea de acuerdo con la Ley 35/2006 o con la Ley 27/2014, tienen la consideración de fiscalmente deducibles y estuvieren «relacionados directamente con los rendimientos obtenidos en España y que tienen un vínculo económico directo e indisoluble con la actividad realizada en España». Esta regla versa sobre las rentas pagadas a entidades residentes en algún Estado miembro de la UE o del EEE a condición de que exista un «efectivo intercambio de información tributaria».

Este precepto se aplicará, en el ámbito de las rentas del capital, principalmente, respecto de los dividendos, puesto que el artículo 14.1 c) del TRLIRNR establece una exención respecto de los intereses pagados a residentes en Estados miembros de la UE, y el artículo 14.1 f) del TRLIRNR otra exención en relación con los intereses de las cuentas de no residentes pagados por el Banco de España o las entidades registradas a que se refiere la normativa de transacciones económicas con el exterior.

Mientras el TJUE continúe enfocando la cuestión de la asignación de gastos profesionales bajo el prisma de la libertad de establecimiento o de la libertad de prestación de servicios, el artículo 24.6 del TRLIRNR da cumplida satisfacción a los criterios derivados de sus sentencias.

3.5. Exención de intereses intracomunitarios

Cuando se aprobó la Directiva 2003/49, España ya había eliminado la retención sobre los intereses internos salientes pagados a personas o entidades residentes en algún Estado miembro. Esta exención, actualmente contenida en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR cubría, y desbordaba, el mandato de esa directiva respecto de los intereses, de manera tal que su transposición se proyectó exclusivamente sobre los cánones.

La exención del artículo 14.1 c) del TRLIRNR aprovechará a todas las entidades residentes en algún Estado miembro, cualquiera que fuere su forma jurídica y su régimen fiscal, incluso si están no sujetas o exentas a la imposición sobre los beneficios, puesto que en el mismo nada se establece sobre estos dos aspectos.

Por el contrario, la ausencia de una mención al beneficiario efectivo en el artículo 14.1 c) del TRLIRNR no debe interpretarse en el sentido de que la exención sea aplicable frente a toda entidad residente en algún Estado miembro. Antes bien, será preciso que la misma reúna la condición de beneficiario efectivo de los intereses. No sería admisible admitir la interposición de entidades puramente instrumentales, ya que ello implicaría una violación del referido artículo y de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición concertados con Estados terceros.

Los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE indican que los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición deben aplicarse bajo el entendimiento de que el perceptor de las rentas ha de tener la condición de beneficiario efectivo. En efecto, esos comentarios advierten de que la mención al beneficiario efectivo apareció por primera vez en el texto del Modelo de Convenio de 1977, mediante una modificación realizada con la finalidad de «aclarar esta cuestión, conforme a la posición constante de todos los Estados miembros».

Si se proyectan los criterios precedentes respecto del artículo 14.1 c) del TRLIRNR, es fácil concluir que la exención prevista en el mismo solo debe aplicarse cuando el perceptor de los intereses sea el beneficiario efectivo.

Por otra parte, toda vez que el TJUE ha admitido los criterios de la OCDE a los efectos de interpretar la Directiva 2003/49 y que el artículo 14.1 c) del TRLIRNR ha de entenderse que, en cuanto cumple los objetivos de aquella, es la norma en que se plasma su transposición al ordenamiento interno, parece pacífico concluir que la exención prevista en el mismo solamente será aplicable respecto del perceptor que sea beneficiario efectivo.

En este sentido se ha pronunciado la Resolución del TEAC de 18 de octubre de 2019 (RG 185/2017 –NFJ075476–). Se debatió en la misma la procedencia de aplicar la exención del artículo 14.1 c) respecto de unos intereses pagados a una entidad residente en los Países Bajos, la cual cumplía una función puramente conductora a favor del prestamista final, residente en Andorra, de manera tal que el contribuyente y la inspección tributaria convi-

nieron en que aquella no era el beneficiario efectivo, centrándose el conflicto en la pertinencia de negar la exención, habida cuenta de que aquel artículo no contenía la mención a dicho concepto. Pues bien, el TEAC, tras una exhaustiva exposición de las sentencias *Danmark Aps* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 –NFJ072655–) y *Luxembourg/Danmark* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16 –NFJ072658–), concluyó que la doctrina en ellas explicitada permitía entender que la exención del artículo 14.1 c) había de denegarse cuando el perceptor de los intereses no fuera el beneficiario efectivo, por cuanto, de una parte, el referido precepto debe interpretarse a la luz de la Directiva 2003/49, y, de otra:

[...] es irrelevante la mención interna de la cláusula antiabuso para poder aplicar ese principio general del Derecho de la Unión de prohibición de prácticas abusivas. En el presente caso, como veremos la Inspección ha demostrado que la interposición de las sociedades *holdings* intermedias tenía como único fin disfrutar de las ventajas fiscales ofrecidas por la Directiva... Alcanzar una conclusión distinta (permitir la invocación de una norma nacional que no contempla expresamente la exclusión de una situación de abuso para conceder la aplicación de una exención aun contrariando la finalidad de la Directiva que contempla esa misma exención) equivaldría a soslayar, a juicio de este Tribunal Central incorrectamente, la normativa comunitaria y a eludir la explícita voluntad que el Alto Tribunal Europeo muestra en esta materia. Es más, entendemos que no hacerlo así supondría por parte de este órgano jurisdiccional contravenir la jurisprudencia del TJUE en un caso ciertamente concomitante con el aquí planteado. Así pues, este Teac rechaza la alegación de la reclamante toda vez que, además de lo expuesto, llevaría a un resultado ciertamente paradójico: una misma exención (intereses satisfechos entre sociedades de Em de la UE) aplica o no aplica según que se invoque una norma (Directiva) u otra (artículo 14.1 c) pues en una sí se contiene cláusula de beneficiario efectivo y en la otra no. Un formalismo tal resultaría claramente inadmisibles cuando en ambos casos la ventaja o beneficio ha de responder a la finalidad y objetivo de la Directiva.

Sin embargo, la Sentencia de la AN de 31 de octubre de 2017 (rec. núm. 24/2016 –NFJ073189–), considerando el criterio desplegado en la Sentencia del TS de 26 de enero de 2015 (rec. núm. 2945/2013 –NFJ057058–), parece entender que al no contener el artículo 14.1 c) expresamente la mención al beneficiario efectivo, no cabría supeditar la exención contenida en el mismo a esa condición, sin perjuicio de que si concurriera abuso o anomalía negocial pudiera la Administración tributaria acudir a las normas generales antiabuso. Por este camino, en caso de estructuras de participación concebidas para hacer llegar unos intereses al beneficiario efectivo libres de la retención por el IRNR, se podrá llegar al mismo resultado práctico que el procurado por una comprobación estrictamente ajustada a la prueba de la naturaleza conductora de la entidad formalmente perceptora de los mismos, pero en el marco de un procedimiento que ofrece más garantías (Cámara Barroso, 2019), cual es el previsto en el artículo 15 de la Ley General Tributaria.

4. Directiva matriz-filial

La Directiva 90/435, matriz-filial, fue transpuesta al ordenamiento interno por la Ley 29/1991. En la actualidad, esa transposición, referida a la Directiva 2011/96, debe entenderse contenida en los artículos 21 y 32 de la Ley 27/2014, por lo que se refiere al mandato relativo a la eliminación de la doble imposición económica, y en el artículo 14.1 h) del TRLIRNR, en lo que concierne a la supresión de la retención en la fuente (Carmona Fernández, 2016).

El presente apartado se limita a efectuar algunas consideraciones sobre la incidencia que las sentencias del TJUE han tenido o podrían tener sobre dichos preceptos, sin adentrarse en su exposición ni en la de los correlativos de la directiva, al tiempo que se comentan ciertas particularidades relacionadas con la transposición.

4.1. Requisitos de acogimiento

4.1.1. Porcentaje de participación

El artículo 21 de la Ley 27/2014 transpone al ordenamiento interno la exención de beneficios prevista en el artículo 4.1 a) de la directiva. En este precepto no se menciona una regla como la prevista en aquel, concerniente a las entidades en las que más del 70 % de sus ingresos sean dividendos o plusvalías de cartera. En su virtud, no están exentos los beneficios cuando, a pesar de concurrir el porcentaje de participación directa del 5 %, no lo hace la indirecta, también del 5 %, siendo así que esta no está prevista en la directiva. No obstante, en la medida en que tal regla pudiera entenderse dirigida a la protección del porcentaje de participación directa del 5 %, no existiría un defecto de transposición.

El artículo 32 de la Ley 27/2014 transpone al ordenamiento interno la imputación del impuesto subyacente prevista en el artículo 4.1 b) de la directiva. Los dos preceptos contemplan las entidades participadas de ulterior nivel, pero el primero refiere el porcentaje de participación del 5 %, con carácter indirecto, a la entidad perceptora del dividendo, en tanto que el segundo lo hace a cada eslabón de la cadena de participación.

4.1.2. Tiempo de tenencia de la participación

En la transposición de la Directiva 90/435, efectuada por la Ley 29/1991, el tiempo de tenencia de la participación había de estar cumplido en el momento de la distribución del beneficio, sin que, por tanto, pudiera completarse posteriormente. Tras la sentencia del TJUE *Denkavit Internacional* (Sentencia de 14 de diciembre de 2006, asunto C-170/05 –NFJ024423–) hubo de modificarse el precepto correspondiente, al efecto de admitir que el plazo de tenencia pudiera completarse después de aquel momento. En este sentido se

pronuncian los artículos 21 y 32 de la Ley 27/2014. Por tanto, podrá aplicarse la exención o la imputación del impuesto subyacente, respectivamente, en una declaración tributaria presentada antes del cumplimiento del plazo de un año de tenencia de la participación.

La misma forma de cómputo del periodo de tenencia está prevista en el artículo 14.1 h) del TRLIRNR.

4.1.3. Sujeción a la imposición sobre los beneficios

La sentencia *Wereldhave* (Sentencia de 8 de marzo de 2017, asunto C-448/15 –NFJ065784–) ha planteado la cuestión de la aplicación de la directiva respecto de los dividendos pagados por una entidad acogida a la Ley 11/2009, de 26 de octubre, por la que se regulan las sociedades anónimas cotizadas de inversión en el mercado (SOCIMI), a entidades residentes en algún Estado miembro de la UE. Como se expuso en un epígrafe precedente, dicha sentencia interpretó que una tributación a tipo de gravamen cero excluía la aplicación de aquella, por cuanto no concurría el supuesto de doble imposición a cuya superación estaba destinada.

La SOCIMI tributa por el IS al tipo de gravamen 0 %, si bien los dividendos, a cuya distribución está obligada, determinan un gravamen del 19 % a cargo de la propia SOCIMI, de forma tal que la misma no tributaría, realmente, a tipo cero. Sin embargo, el gravamen del 19 % solo se establece respecto de participaciones iguales o superiores al 5 % y cuando el perceptor tributa a un tipo de gravamen inferior al 10 %, de manera que es posible que socios residentes en la UE perciban un dividendo que no haya soportado tributación alguna. En tal caso, se plantea si procede la aplicación de la directiva, con el efecto práctico, en caso negativo, de que los dividendos soporten una retención, si bien limitada, de acuerdo con lo previsto en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición que corresponda.

La literalidad del artículo 14.1 h) del TRLIRNR permitiría mantener la pertinencia de la exención, por cuanto recoge el requisito de tributación, afirmando que «ambas sociedades estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos que gravan los beneficios de las entidades jurídicas», y así lo entendió la Dirección General de Tributos (DGT) en su Consulta vinculante V2138/2014 (NFC051766), pero la sentencia del TJUE, apunta en sentido contrario (Cámara Barroso, 2017).

Cuestión distinta es que pueda postularse la no pertinencia de la retención por el IRNR con base en la doctrina del propio TJUE relativa a la imposición en la fuente sobre los dividendos internos salientes, a cuyo tenor, como ya se ha expuesto, las libertades de establecimiento y de circulación de capitales se oponen a tal tributación cuando las entidades residentes disfrutan de exención respecto de esa renta y las no residentes se hallen, también respecto de esa renta, en situación comparable (Calderón Carrero, 2017). El disfrute de la exención por parte de las entidades residentes está supeditado al cumplimiento de

los requisitos previstos en el artículo 21 de la Ley 27/2014. Así, cuando la participación no otorga el porcentaje de participación del 5 % y su valor de adquisición no sea superior a 20 millones de euros, no estarán exentos los dividendos. En otro caso, sí lo estará.

4.1.4. Usufructo

En relación con la sentencia *Les Vergers* (Sentencia de 22 de diciembre de 2008, asunto C-48/07 –NFJ031283–), cabe señalar que la Consulta vinculante V3533/2016 (NFC061559) ha entendido que la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014 es aplicable en caso de usufructo pues, aun residiendo la cualidad de socio en el nudo propietario, el derecho a la percepción de los dividendos se residencia en el usufructuario, verdadero «socio económico, de manera que carecería de sentido que el desmembramiento del dominio en el título que genera el derecho a la percepción de un dividendo conduzca a que este soporte una doble tributación, primero en sede de la entidad que generó los beneficios de los que aquel procede y, posteriormente, al negar tanto al nudo propietario como al usufructuario el derecho a corregir la doble imposición».

La contestación atiende, en definitiva, al espíritu y finalidad del artículo 21 de la Ley 27/2014, esto es, la eliminación de la doble imposición económica que, lógicamente, ha de residenciarse en sede de la entidad que tiene derecho a la percepción del dividendo. Por la misma razón, cuando el prestatario de los títulos debe transferir el dividendo al prestamista de valores, corresponderá a este la exención, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.2.3.º de la Ley 27/2014.

4.2. Norma antiabuso

Las sentencias del TJUE relativas a las normas antiabuso francesa y alemana han puesto el foco sobre la norma antiabuso española. Lo que se ha de debatir es si el artículo 14.1 h) del TRLIRNR adolece de los defectos hallados por el TJUE en las aludidas normas que, en esencia, radicarón en que la Administración tributaria podía negar el disfrute de la exención de la retención en la fuente cuando la mayoría de los socios o accionistas de la entidad perceptora de los dividendos fueren residentes en Estados terceros, sin necesidad de probar unos indicios razonables de irregularidad respecto de los cuales el contribuyente, eventualmente, pudiera presentar las pruebas idóneas para combatirlos.

El referido precepto prevé que la exención de retención:

[...] no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea o en Estados integrantes del Espacio Económico Europeo con los que exista un efectivo intercambio

de información en materia tributaria en los términos previstos en el apartado 4 de la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, excepto cuando la constitución y operativa de aquella responde a motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas.

No se puede negar el parentesco de esta norma antiabuso con la alemana y la francesa, en cuanto parte del mismo supuesto de hecho, a saber, la residencia extramuros de la UE de la mayoría de los socios de la entidad perceptora del dividendo, al tiempo que no exige que la Administración tributaria pruebe que existan indicios de irregularidad. La adecuación a las sentencias del TJUE exigiría que, una vez presente ese supuesto de hecho, la Administración tributaria probara la existencia de indicios suficientes de irregularidad, en particular la ausencia de motivos económicos válidos y de razones empresariales sustantivas en referencia a la entidad perceptora de los dividendos, permitiéndose al contribuyente presentar las pertinentes pruebas en contrario.

Como ya se ha comentado, la primera redacción del artículo 1.2 de la Directiva 90/435, actual Directiva 2011/96, no contenía una norma antiabuso, sino que se limitó a establecer que los mandatos que establecía la directiva no serían obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que fueren necesarias a fin de evitar fraudes y abusos. La Directiva (UE) 2015/121, del Consejo, de 27 de enero de 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (Directiva 2015/121), dio nueva redacción a ese precepto, añadiendo al texto original un mandato ordenando a los Estados miembros que no otorgaran los beneficios previstos cuando concurriera un negocio o una serie de negocios falseados, entendiendo por tales aquellos que no se hubieran establecido por razones comerciales válidas que reflejasen una realidad económica, sino para obtener una ventaja fiscal que desvirtuase el objeto y finalidad de la directiva.

La norma introducida por la Directiva 2015/121 enlaza perfectamente con las sentencias del TJUE relativas a las normas antiabuso y, tal vez también, con el denominado test de los propósitos principales, en cuanto fundamento de una norma antiabuso que, recogida en la acción 6 del proyecto BEPS, ha recalado finalmente en el Convenio Multilateral. Si bien, es de advertir que ha sido debatida su adecuación a la jurisprudencia del TJUE, en la medida en que podría no ser plenamente conforme con el principio de proporcionalidad (Báez Moreno, 2016).

Puede apreciarse que la norma antiabuso del artículo 14.1 h) del TRLIRNR no está en línea con la norma antiabuso del artículo 1.2 de la Directiva 2011/96, por cuanto, de una parte, aquella contempla como elemento básico del posible abuso el lugar de la residencia de los socios o accionistas, en tanto que la segunda no lo hace, al tiempo que la primera omite toda referencia a los negocios falsos o falseados, en tanto que en la segunda es un elemento clave. No obstante, las dos apelan a los motivos económicos, comerciales o

empresariales, si bien la primera lo hace a modo de causa cuya concurrencia destruye una apariencia de abuso, en tanto que la segunda a modo de elemento cuya ausencia contribuye a la configuración del abuso.

La Consulta vinculante V0054/2017 (NFC063692) consideró la aplicación de la exención respecto de los dividendos pagados a una entidad residente en el Reino Unido íntegramente participada por socios residentes en Japón. La consultante describió las funciones económicas ejecutadas por aquella, las cuales consistían:

[...] en la aprobación de las cuentas anuales consolidadas, aprobación de informes financieros anuales, identificación de mercados estratégicos, análisis del estado de los planes estratégicos del grupo, decisiones estratégicas de expansión, revisiones periódicas de resultados empresariales y la revisión y aprobación de los presupuestos de las filiales europeas... cuenta con 13 empleados que forman los equipos de gestión y administración del grupo y centralizan las funciones corporativas, relacionadas con servicios estratégicos al desarrollo, marketing y comunicación, servicios financieros y reclutamiento de equipos directivos para los distintos países y asistencia en el diseño de plantillas y sistemas de retribución.

Y la DGT respondió que:

[...] en virtud de los argumentos ofrecidos en el escrito de consulta para justificar los motivos económicos y razones empresariales que justifican la reestructuración societaria que se desea llevar a cabo en el grupo europeo... es posible confirmar que la sociedad consultante podría disfrutar de la exención prevista en el artículo 14.1 h) del TRLIRNR al concurrir los motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas exigidas por dicho precepto debido a que la mayoría de los derechos de voto de la sociedad inglesa se poseen, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residen en Estados miembros de la Unión Europea o en Estados integrantes del Espacio Económico Europeo.

De manera tal que la concurrencia de motivos económicos válidos quedó configurada a modo de requisito cuya prueba incumbía al interesado.

La contestación de la DGT probablemente rebasa la función interpretativa de las normas para adentrarse en su aplicación, la cual es más bien propia de la comprobación encomendada a los órganos de gestión e inspección tributaria.

Con todo, la vigente redacción del artículo 14.1 h) da margen para actuaciones administrativas ajustadas a las sentencias del TJUE con tal de que, en primer lugar, el supuesto de la mayoría de socios extracomunitarios no ponga inmediatamente al contribuyente en la tesitura de afrontar la prueba de los motivos económicos válidos sin que previamente la Administración tributaria hubiere puesto de relieve los indicios de irregularidad, a cuyo

efecto la misma dispone de una buena guía en la sentencia *Danmark Aps* (Sentencia de 26 de febrero de 2019, asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16 –NFJ072655–), incidiendo, en su caso, en la función básicamente conductora extramuros de la UE de los dividendos y, por ende, en la artificiosidad de la estructura de participación.

En la Sentencia de la AN de 16 de junio de 2008 (rec. núm. 287/2006 –NFJ079441–), a la vista de una norma antiabuso similar a la actualmente vigente, se constató, por una parte, que la actividad de la entidad matriz intermedia, residente en los Países Bajos cuando la matriz última lo hacía en los Estados Unidos, estaba escasamente relacionada con la de la entidad filial española que distribuía los dividendos, por cuanto no disponía de los «medios humanos y materiales» al efecto, y, por otra, que no había evidencia de que ejercitara la gestión y administración de dicha entidad filial, «por cuanto no existía una dependencia de la filial respecto de la entidad matriz que evidenciase que por su volumen se encargara del control financiero de la anterior, no constan facturas entre las dos entidades, ni consta que [la entidad matriz intermedia] perciba remuneración alguna por su gestión y control en [la entidad filial española]» y, en fin, que la entidad matriz intermedia «se constituyó en 1977 en Irlanda, cuando tenía su residencia en Bermuda, en el año 1995 adquirió el 100 % de [la entidad filial española] y trasladó su residencia a Países Bajos», sin que existan «motivos económicos válidos que determinen ese traslado si no es el de obtener una exención en materia fiscal». La Sentencia del TS de 21 de marzo de 2012 (rec. núm. 5228/2008 –NFJ046934–) entendió correcta la decisión del tribunal de instancia, añadiendo que:

[...] la Sala no considera necesario el planteamiento de cuestión prejudicial, por entender que la legislación española transpone correctamente la Directiva 90/435/CEE, correspondiendo a Tribunal interno determinar si concurren o no los requisitos establecidos para la aplicación de la exención.

Sin embargo, a la vista de las sentencias del TJUE aparecidas con posterioridad, tal vez hubiera sido oportuno plantear la cuestión prejudicial (Calderón Carrero y Martín Jiménez, 2019, p. 234).

La Sentencia de la AN de 3 de junio de 2015 (rec. núm. 264/2012 –NFJ059321–) abordó un caso en el que la entidad matriz última residía en Canadá en tanto que la entidad matriz intermedia lo hacía en Dinamarca. Lo que ha de destacarse de esta sentencia es el examen exhaustivo de las pruebas aportadas por las partes del proceso, en particular de las relativas a los indicios de irregularidad puestos de relieve por la inspección tributaria, lo que le permitió concluir que «no ha resultado probado que la sociedad recurrente participara en la dirección y gestión de la entidad filial con la adecuada organización de medios materiales y humanos o que la sociedad fuera creada por motivos económicos». La Sentencia del TS de 24 de enero de 2017 (rec. núm. 2963/2015 –NFJ065565–), tras recordar que el núcleo del conflicto era esencialmente probatorio, ratificó los criterios de la sentencia de instancia.

Lo que muestran las sentencias aludidas es que la inspección tributaria realizó un análisis de los hechos que indiciariamente sugerían la función puramente conductora de la entidad matriz intermedia, esto es, que no se limitó a constatar que la mayoría de los socios de esa entidad residían en Estados terceros, abandonando así al interesado el campo de la prueba de los motivos empresariales sino que, por el contrario, entró en ese campo para desmentir su concurrencia.

Podrá, o no, compartirse el análisis de la inspección tributaria, pero lo que no podrá negarse es que, en los dos casos, intentó justificar, y lo logró a juicio de los tribunales, el perfil puramente conductor de la entidad matriz intermedia. De esta manera, la inspección tributaria y los tribunales actuaron de acuerdo con los criterios que, tiempo después, formularía el TJUE.

4.3. Relación con la reserva de capitalización

De acuerdo con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 27/2014, la deducción de la reserva de capitalización está limitada al 10 % de la base imponible y los saldos pendientes de aplicación pueden aplicarse, solamente, en los periodos impositivos que cierren en los dos años sucesivos. Si concurren dividendos afectos a la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014, el cual debe entenderse como la transposición de la Directiva 2011/96, matriz-filial, la base imponible se minora, pudiendo ser nula o negativa, en cuyo caso la deducción por reserva de capitalización no se podrá aplicar, y se podrá perder definitivamente. La sentencia *Brussels Securities* (Sentencia de 19 de diciembre de 2019, asunto C-389/18 –NFJ075720–) es contraria a este efecto.

La misma reflexión cabe respecto de la deducción por I+D+i, puesto que está limitada en un porcentaje de la cuota íntegra, la cual depende de la base imponible, y los saldos pendientes solo pueden trasladarse a los 15 años inmediatos y sucesivos.

4.4. Asimetría de rentas afectadas

El artículo 4.1 de la Directiva 2011/96, relativo a la exención o imputación en destino, se aplica respecto de los beneficios distribuidos «por motivos distintos de la liquidación», en tanto que el artículo 5, relativo a la retención en origen, se refiere, sin más, a los «beneficios distribuidos». Una interpretación literal llevaría a considerar que, ante una liquidación, el Estado miembro de la sociedad filial debe abstenerse de practicar retención, en tanto que el Estado miembro de la sociedad matriz no estaría obligado a la exención o imputación. No es fácil explicar la causa de esta asimetría.

El artículo 21 de la Ley 27/2014 extiende la exención a todas las operaciones determinantes de rentas en el marco del contrato de sociedad, entre ellas, las derivadas de la li-

quidación. Por el contrario, el artículo 14.1 h) del TRLIRNR excluye de la exención de la retención a las rentas derivadas de la liquidación de la sociedad filial.

Se advierte, pues, que la legislación española también es asimétrica, si bien de sentido inverso a aquella de la directiva. Tampoco es fácil explicar esta asimetría (Lucas Durán, 2019; Garde Garde, 2016; Jabalera Rodríguez, 2010).

Sin embargo, los efectos prácticos de esa asimetría seguramente serán irrelevantes, por cuanto la libertad de establecimiento obligará a tratar la situación intracomunitaria de forma análoga a la puramente interna, a condición de situación comparable. En este sentido, cuando la renta de la situación interna no esté sujeta a retención o la misma sea compensada o devuelta por razón de exención de la renta afectada, la renta correspondiente a la situación externa no debería soportar retención por el IRNR.

5. Relación con el sistema de tributación internacional sobre las rentas del capital

¿Han puesto las sentencias del TJUE en jaque al sistema de tributación internacional sobre las rentas del capital, respecto de los contribuyentes afectados por las mismas?

Ese sistema es el que resulta de la red de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, cuyas líneas maestras pueden ser espigadas a través del Modelo de Convenio de la OCDE (Serrano Antón, 2019):

- Los beneficios deben tributar exclusivamente ante la jurisdicción fiscal donde reside la entidad jurídica que los obtiene, excepto en la parte que sean atribuibles a un establecimiento permanente, en cuyo caso también pueden hacerlo ante la jurisdicción fiscal en la que se halle ubicado el mismo, como si fuera una empresa separada e independiente (art. 7.1 Modelo de Convenio de la OCDE).
- Los dividendos tributan ante la jurisdicción fiscal de la residencia de su perceptor, pero la jurisdicción fiscal de la residencia de la entidad pagadora puede efectuar una imposición limitada (art. 10 Modelo de Convenio de la OCDE).
- Los intereses tributan ante la jurisdicción fiscal de la residencia de su perceptor, pero la jurisdicción fiscal de la residencia de la entidad pagadora puede efectuar una imposición limitada (art. 11 Modelo de Convenio de la OCDE).
- Las plusvalías mobiliarias se gravan exclusivamente por la jurisdicción fiscal de la residencia de su perceptor, excepto si tienen un subyacente de inmuebles en cuyo caso también pueden gravarse por la jurisdicción fiscal en cuyo territorio se hallen ubicados los mismos (art. 13 Modelo de Convenio de la OCDE).

- La jurisdicción fiscal de la residencia debe adoptar las medidas precisas para eliminar la doble imposición (arts. 23 A y 23 B Modelo de Convenio de la OCDE).
- Las jurisdicciones fiscales deben abstenerse de tomar medidas discriminatorias (art. 24 Modelo de Convenio de la OCDE).

Los convenios para evitar la doble imposición no crean hechos imposables. Su función es eliminar o, cuando menos, aliviar la doble imposición internacional (Vogel, 2014). Por ello, las normas de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición deben ser contempladas conjuntamente con las normas puramente internas relativas a las rentas transfronterizas. Así, cada jurisdicción fiscal se inserta en el sistema de tributación internacional mediante la combinación de sus normas puramente internas con las convenidas.

La UE carece de competencias en relación con el sistema de tributación internacional. Esas competencias pertenecen a los Estados miembros. Sin embargo, deben ejercitarlas, tanto en relación con las normas puramente internas como convenidas, tomando en consideración el TUE y el TFUE, en particular las cuatro libertades y el principio de no discriminación. Por lo que se refiere a las rentas del capital, esa toma en consideración, orientada por las sentencias del TJUE, ha tenido un importante impacto.

5.1. Imposición sobre dividendos pagados a no residentes

Esa imposición en la fuente, generalmente mediante retención, contemplada por el Modelo de Convenio de la OCDE, ha sido puesta en cuestión por varias sentencias del TJUE cuando los dividendos pagados a entidades residentes no soportan retenciones o bien les son devueltas por no tributar los dividendos en sede de las mismas, sea por aplicación de un método para eliminar la doble imposición o por cualquier otro motivo de política o técnica tributaria, como puede ser la fiscalidad específica de las instituciones de inversión colectiva o de los fondos de pensiones.

Esa diferencia de trato determina, según la doctrina del TJUE, una restricción a la libertad de establecimiento o a la de movimiento de capitales la cual, sin embargo, podrá ser neutralizada, aunque no en todo caso, mediante el método de eliminación de la doble imposición previsto en el convenio bilateral correspondiente.

De esta manera, los Estados miembros se enfrentan a la elección entre la retención sobre los dividendos pagados a no residentes y el mantenimiento del sistema de eliminación de la doble imposición económica o de los regímenes fiscales específicos que afecten al dividendo, si bien solamente en aquellos casos en los que la libertad aplicable sea la de movimiento de capitales, ya que si fuere aplicable la libertad de establecimiento, la elección huelga, por cuanto si la entidad perceptora es residente en algún Estado miembro, la retención normalmente no se practicará en razón a lo dispuesto en el artículo 5 de la Directi-

va 2011/96, y si es residente en un Estado tercero, la libertad de establecimiento no juega, sin por ello dar paso a la libertad de movimiento de capitales.

Se sigue de lo expuesto que la eliminación de la doble imposición económica o los regímenes fiscales específicos podrán ser mantenidos, sin mengua de la retención sobre los dividendos pagados a entidades no residentes, en tanto que versen sobre relaciones de participación determinantes de las circunstancias que permitan ejercer una influencia en las actividades de la entidad participada. En otro caso, la libertad de movimiento de capitales se opondría a la retención sobre dividendos pagados a entidades no residentes, tanto si lo hacen en un Estado miembro como en un Estado tercero.

Los razonamientos precedentes, formulados respecto de las personas jurídicas, también son válidos respecto de las personas físicas, si bien las sentencias del TJUE se han venido refiriendo, en lo que concierne a las retenciones sobre los dividendos, principalmente al ámbito de las personas jurídicas.

Pero incluso en el contexto de la libertad de movimiento de capitales, la restricción quedaría neutralizada si la retención sobre dividendos pagados a entidades no residentes fuera completamente imputada en la cuota de la imposición sobre sus beneficios, lo que así acontecerá cuando los dividendos tributen en sede de la entidad perceptora a un tipo de gravamen igual o superior al de la retención.

Los dividendos no tributarán en sede de la entidad perceptora básicamente por tres motivos, a saber, por causa de la aplicación de un método para eliminar la doble imposición, señaladamente el de exención, por disfrutar de exención total o parcial inherente a un régimen fiscal específico y, en fin, porque las rentas se atribuyan a sus socios. En estos casos, los Estados miembros que mantengan métodos de eliminación de la doble imposición económica, no podrán retener sobre los dividendos internos salientes, aun cuando fueren competentes de acuerdo con el convenio bilateral que resultase aplicable. De esta forma, la política de la jurisdicción fiscal de la entidad receptora del dividendo, en conjunción con la doctrina del TJUE, puede determinar la imposibilidad de percibir una retención autorizada por el convenio bilateral correspondiente.

La opción alternativa, protectora de la retención sobre los dividendos internos salientes, sería renunciar a los métodos de eliminación de la doble imposición económica y a los regímenes fiscales específicos. No obstante, el problema se presentará principalmente respecto de los regímenes fiscales específicos, por cuanto los métodos de eliminación de la doble imposición están dirigidos, por regla general, como así sucede en España, a las relaciones matriz-filial, las cuales caen bajo la aplicación de la libertad de establecimiento.

Tal y como se han producido las sentencias del TJUE, las retenciones sobre dividendos pagados a instituciones de inversión colectiva no residentes no proceden si las mismas están en situación comparable con instituciones de inversión colectiva residentes y

estas no sufren retenciones o les son devueltas. La misma reflexión cabe respecto de los intereses. El efecto práctico es una transferencia de recursos fiscales desde las jurisdicciones fiscales de la fuente a las de la residencia de los inversores finales, trastocando así el reparto de los ingresos fiscales pactado mediante los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

¿Ha liberado el TJUE a los inversores finales, esto es, a los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva, de una carga fiscal que ahuyentaría la inversión colectiva en las entidades residentes en los Estados miembros?

Así sería, ciertamente, si los Estados terceros no practicaran retención pero, bien se comprende, esta eventualidad, además de quedar al margen de las competencias del TJUE, no es una hipótesis de regular cumplimiento, antes bien, probablemente será lo contrario.

Así sería, también, si las jurisdicciones fiscales de la residencia de las instituciones de inversión colectiva no permitieran la imputación de la retención so pretexto de que las mismas no tributan. Ciertamente, los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE indican que las instituciones de inversión colectiva pueden ser consideradas, bajo la concurrencia de ciertas circunstancias, como personas residentes y, por tanto, tener derecho a la aplicación del convenio de que se trate⁹, pero de ahí no debería seguirse que la jurisdicción fiscal de la residencia que las declarase exentas cumpliera, por razón de tal exención, con la obligación de eliminar la doble imposición que le incumbe. Antes bien, esa obligación solo debiera entenderse cumplida si permitiese la imputación de la retención en sede de la imposición personal de los socios o partícipes colectivos o, alternativamente, si ofreciese una compensación a la institución de inversión colectiva. En efecto, la exención a favor de una institución de inversión colectiva no cumple la función de eliminar la doble imposición sino la de ubicar la tributación, ya sea actual o diferida, en sede de los socios o partícipes.

Bajo la premisa de que la jurisdicción fiscal de la residencia de los inversores colectivos cumpla con la obligación que el convenio bilateral le impone de eliminar la doble imposición jurídica, la respuesta a la interrogante planteada continuaría siendo negativa.

El efecto práctico de las sentencias del TJUE en este campo ha sido, lisa y llanamente, transferir recaudación desde un Estado miembro a un Estado tercero, sin levantar una traba ni conseguir un trato igual, que habría de lograrse mediante los mecanismos del convenio bilateral correspondiente, pero no mediante la exclusión de la retención en la fuente.

Bajo esta consideración, el TJUE hubiera debido encomendar a los tribunales nacionales la tarea de examinar si el convenio bilateral correspondiente contenía los mecanismos

⁹ Modelo de Convenio de la OCDE (2017), comentarios al artículo 1, párrafo 22 y ss.

pertinentes para hacer efectiva la eliminación de la doble imposición provocada por la retención en la fuente.

Más aún, si se considera la función vehicular de la institución de inversión colectiva, el TJUE hubiera debido situar el análisis de comparabilidad en sede de los socios o partícipes, ya que la fiscalidad privilegiada, básicamente de exención, de la institución de inversión colectiva no es más que una técnica de transferir la tributación hacia los socios o partícipes, como se ha comentado.

Seguramente, el TJUE no ha considerado debidamente que las instituciones de inversión colectiva no son sino un mero instrumento de los inversores, de manera tal que lo relevante es la fiscalidad de los mismos, no la de la institución. Si hacia ellos hubiera dirigido su mirada, probablemente habría situado el análisis de comparabilidad en sede de la tributación de los socios o partícipes o, al menos, hubiera encomendado a los tribunales nacionales que constataran si el convenio bilateral correspondiente permitía neutralizar la restricción a la libertad de movimiento de capitales, mediante la imputación de la retención, como así debe ser en buena técnica tributaria¹⁰. Ciertamente, la sentencia *Atkiendfonds* (Sentencia

¹⁰ Ejemplo 2: Convenio hispano-norteamericano.

Caso práctico, bajo la hipótesis de que el fondo de inversión sea tratado como una entidad transparente o bien obligada a distribuir rentas por la legislación norteamericana. En tal caso, la retención por el IRNR debiera aprovechar a los socios o partícipes.

a) Tributación con retención por el IRNR

Beneficio obtenido por una entidad residente en territorio español: 133,33

Impuesto sobre sociedades (25 %): 33,33

Dividendo: 100

Retención IRNR (según convenio): 15

Tributación del inversor individual norteamericano (supuesto tipo 40 %): 25 (100/40 % - 15)

a') Tributación del inversor colectivo norteamericano (en vez de percibir el dividendo directamente lo percibe a través del fondo de inversión y EE.UU. permite la imputación de la retención): 25 (100/40 % - 15)

Renta líquida inversor individual: 60 (100 - 15 - 25)

Renta líquida inversor colectivo: 60 (100 - 15 - 25)

a'') Inversor colectivo norteamericano (en vez de percibir el dividendo directamente lo percibe a través del fondo de inversión y EE.UU. no permite la imputación de la retención): 34 (100 - 15/40 % - 0)

Renta líquida del inversor individual: 60 (100 - 15 - 25)

Renta líquida del inversor colectivo: 51 (100 - 15 - 34)

b) Tributación suprimiendo la retención por el IRNR

Beneficio obtenido por una entidad residente en territorio español: 133,33

Impuesto sobre sociedades (25 %): 33,33

Dividendo: 100

de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–) esboza la apertura de una vía en el sentido expuesto.

Las mismas reflexiones caben respecto de los fondos de pensiones.

5.2. Imposición sobre intereses pagados a no residentes

Los argumentos precedentes son también válidos respecto de los intereses. Sin embargo, como quiera que estos se gravan en sede de las entidades residentes receptoras de los mismos sin aplicación de ningún método para eliminar una doble imposición, por regla general inexistente, la cuestión de la posible discriminación queda circunscrita a los intereses percibidos por las entidades exentas o que disfrutaran de un régimen específico que determine la no tributación de los mismos, cual podría ser el caso de las instituciones de inversión colectiva y de los fondos de inversión.

Consecuentemente, la retención consentida por los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición podrá ceder ante la libertad de movimiento de capitales, a menos que el TJUE incorpore a su análisis la función vehicular de estas instituciones, desplazando el análisis de comparabilidad hacia la tributación de los partícipes o, al menos, abra la vía de la función neutralizadora de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y los mismos se apliquen de manera tal que permitan la imputación efectiva de las retenciones practicadas por el país de la fuente.

5.3. Imposición sobre plusvalías mobiliarias

Las plusvalías derivadas de la transmisión de acciones o participaciones con subyacente inmobiliario pueden ser gravadas por la jurisdicción fiscal de la fuente. Si estas plusvalías están exentas cuando se obtienen por una entidad residente, la libertad de movimiento de capitales podrá impedir aquel gravamen, de manera tal que la jurisdicción fiscal de la fuente perderá la competencia que le otorga el convenio bilateral correspondiente.

No obstante, la imputación completa de la tributación en la fuente sobre la plusvalía en sede de la tributación en residencia podrá neutralizar la restricción, de manera tal que el régimen fiscal de la entidad perceptora será un ingrediente determinante de la neutralización.

Retención IRNR: 0

Inversor colectivo norteamericano: 40 (100/40 %)

Inversor individual norteamericano: 40 (100/40 %)

Renta líquida del inversor colectivo: 60 (100 – 40)

Renta líquida del inversor individual: 60 (100 – 40)

Así, la exención de la plusvalía en sede de la misma determinaría la imposibilidad de la imputación y, por ende, no se produciría el efecto neutralizador del convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

5.4. Base imponible de la imposición sobre no residentes

La imposición en la fuente sobre los dividendos y los intereses recae generalmente sobre los importes brutos, en línea con lo establecido en los artículos 10 y 11 del Modelo de Convenio de la OCDE, sin tomar en consideración los gastos que, eventualmente, pudieran estar relacionados con la obtención de esos ingresos. Sin embargo, en ciertos casos, básicamente concernientes a entidades que realizan profesionalmente actividades financieras o aseguradoras, para obtener esos ingresos se ha debido incurrir en ciertos gastos, los cuales, por imperativo de la libertad de movimiento de capitales, deberán ser tomados en consideración en orden a la determinación de la base imponible de la tributación en la fuente, en la medida en que también se tomen en consideración respecto de la tributación de las personas o entidades residentes en la jurisdicción fiscal de la fuente.

Nótese que, en estos casos, el convenio bilateral no podrá surtir el efecto neutralizador, por cuanto el método de imputación ordinaria limita la deducción a la cuota generada por la renta de fuente extranjera.

5.5. Aplicación de métodos para eliminar la doble imposición

El método de eliminación de la doble imposición de dividendos previsto en el convenio bilateral se suele proyectar respecto de la retención sufrida por el receptor del dividendo, pero no, como regla general, respecto del impuesto recaído sobre el beneficio del que procede el dividendo. Sin embargo, si los dividendos internos disfrutan de un método para eliminar la doble imposición que también se proyecte respecto del impuesto subyacente, la libertad de movimiento de capitales o la de establecimiento, según los casos, podrán obligar a hacer lo propio respecto de los dividendos externos entrantes. De esta manera, los Estados miembros habrán de conceder lo que los Estados terceros con los cuales han pactado un convenio bilateral para eliminar la doble imposición no conceden, en demérito del equilibrio del propio convenio, así como, al menos en teoría, de las posibilidades de negociación de los Estados miembros.

5.6. Cláusulas de exclusión del convenio

Las sociedades filiales residentes en un Estado miembro de matrices residentes en otro Estado miembro podrían quedar excluidas de la aplicación de ciertos convenios bilaterales

para eliminar la doble imposición, debido a las cláusulas de tránsito, transparencia o generales de limitación de beneficios, insertas en los mismos. La libertad de establecimiento se opondría a esa exclusión, por cuanto privaría a entidades amparadas por aquella de un régimen fiscal beneficioso, respecto de ciertos elementos de renta, al que tendrían acceso las restantes entidades residentes. Por esta razón, en algunos convenios bilaterales para eliminar la doble imposición se han venido introduciendo matizaciones a tales cláusulas convencionales limitativas, mediante la técnica del beneficiario equiparable, específicamente proyectada respecto de entidades residentes en Estados miembros.

Este es el sentido del artículo 17 del convenio hispano-norteamericano, según redacción del Protocolo y su Memorando de entendimiento. En la misma línea, en el convenio hispano-suizo, en relación con la incorporación mediante declaraciones protocolarias de ciertas normas antiabuso limitativas de los beneficios fiscales, se establece que España, en todos los casos, otorgará a una sociedad residente en Suiza el mismo tratamiento que a cualquier sociedad residente en un Estado miembro de la UE que se encuentre en una situación equiparable. En este mismo convenio, y en relación con la denominada cláusula de transparencia, se da la consideración de persona o entidad residente en los Estados contratantes, esto es, Suiza o España, a quienes residieren en algún Estado miembro de la UE.

En fin, la técnica del beneficiario equivalente o beneficiario equiparable está reconocida, con carácter general, en el artículo 7, apartado 13 c) de la Convención Multilateral de la OCDE.

5.7. Cláusula de nación más favorecida

En *D* (Sentencia de 5 de julio de 2005, asunto C-376/03 –NFJ022996–), el TJUE rechazó que el Derecho de la UE impusiera la cláusula de nación más favorecida, en relación con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición concertados por los Estados miembros. Sin embargo, la pertenencia de una parte contratante a la UE ha motivado ciertas cláusulas convencionales orientadas a conceder el mejor trato derivado de otro convenio o de la variación de la normativa comunitaria.

En el convenio hispano-neozelandés se establece que cuando España modifique sustancialmente la tributación de los dividendos obtenidos por no residentes, y dicha modificación sustancial se derive del marco regulador de la UE, comprendidas las sentencias del TJUE, las autoridades competentes españolas informarán de dicha modificación a las autoridades competentes neozelandesas, con el fin de reconsiderar, si fuera posible, los contenidos del artículo 10.

En dicho convenio, en relación con los países de la OCDE, se establece una cláusula a favor de España para el supuesto de que Nueva Zelanda negocie en el futuro un convenio para evitar la doble imposición con alguno de dichos países en el que se establezca una limitación respecto de la tributación en la fuente de los dividendos, intereses y cánones a un



tipo inferior al previsto en el convenio, en cuya virtud se otorgará a España dicha tributación inferior. Esta cláusula también afectará a los Estados miembros de la UE.

En el convenio hispano-vietnamita se establece que, si Vietnam firma un acuerdo o convenio para evitar la doble imposición con otro Estado miembro, y en dicho acuerdo o convenio se establecen porcentajes de retención inferiores, o a tipo cero, dichos porcentajes sustituirán inmediatamente a los establecidos en el convenio hispano-vietnamita.

En el convenio hispano-serbo se prevé una modificación de los límites de tributación relativos a dividendos, intereses y cánones, para el caso de que Serbia suscriba un convenio bilateral más beneficioso con otro Estado miembro. Esta medida, de todo punto similar a la prevista en el convenio con Vietnam, trata de frustrar las operaciones triangulares que podrían producirse debido a que el pago de tales rentas desde España a otro Estado miembro pueda, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, estar exenta de tributación por el IRNR. Al tiempo, alivia la retención de los perceptores residentes en España de rentas cuya fuente sea Serbia.

Parte tercera. Conclusiones y reflexiones finales

1. Conclusiones

El análisis precedente permite formular un conjunto de conclusiones, que se dividen en generales y particulares, estas últimas referidas a la tributación de las rentas del capital en España.

1.1. Conclusiones generales

Primera. El fundamento jurídico de gran parte de las sentencias relativas a las rentas del capital han sido las libertades de establecimiento y de movimiento de capitales consagradas en el TFUE. El TJUE ha venido apreciando una restricción cuando el régimen fiscal de la situación comunitaria es más gravoso, o menos ventajoso, que el de la interna, siendo una y otra comparables entre sí, y no mediere causa de justificación adecuada y proporcionada.

El principio que subyace a esa argumentación es el de igualdad de trato, en último término el principio de igualdad, sin que haya sido relevante hasta qué punto la infracción del mismo por el régimen fiscal concernido haya podido tener un efecto práctico respecto del ejercicio de las acciones amparadas por aquellas libertades.

Ese perfil, estrictamente jurídico, ha conferido una solidez a la doctrina del TJUE que, seguramente, hubiera ofrecido resquicios a la incertidumbre en caso de incorporar, con carácter prevalente, ingredientes relativos al efecto material restrictivo. Sin embargo, por una

parte, son esos ingredientes los que perturban la consecución del mercado interior (art. 26 TFUE), a cuya consecución concurren las libertades, y, por otra, aquella solidez se ha visto minada por las dificultades inherentes al análisis de comparabilidad.

Segunda. La adecuación de los regímenes fiscales de los Estados miembros a las sentencias del TJUE ha podido conducir, en algunos ámbitos, a modificaciones normativas similares, pero de ahí no debe inferirse que aquellas sean una vía armonizadora. En efecto, el TJUE, una vez apreciada la restricción, no esboza los rasgos básicos de la modificación normativa idónea. Se limita a constatar una relación de oposición que debe resolverse mediante una decisión del tribunal nacional congruente con el contenido de la sentencia, la cual vincula al tribunal nacional remitente.

Tercera. Mediante sus sentencias, contestando a las cuestiones prejudiciales o interpretando normas comunitarias derivadas o resolviendo recursos de incumplimiento, el TJUE ha ido conformando un cuerpo doctrinal que permite examinar, por parte de todos los operadores jurídicos, la adecuación al ordenamiento comunitario de las normas tributarias relativas a las rentas del capital existentes en los distintos Estados miembros. Los tribunales de justicia nacionales atenderán las peticiones apoyadas en la doctrina del TJUE, y lo propio harán las administraciones tributarias nacionales, las cuales, sin embargo, no teniendo acceso al planteamiento de cuestiones prejudiciales, seguramente actuarán con una comprensible contención, en orden al ejercicio del poder-deber de inaplicación de las normas internas afectadas.

Cuarta. Corresponde al legislador producir la modificación normativa oportuna en orden a depurar el ordenamiento interno. El sentido de esa modificación no está predeterminado por la doctrina del TJUE. El abanico de los posibles sentidos de la modificación puede ser bastante amplio. Lo importante es que la modificación se ajuste a la doctrina relevante. En este sentido, se ha venido indicando que el TJUE realiza una armonización de carácter negativo, parangonándola con la función de legislador negativo predicada respecto de los tribunales constitucionales nacionales.

Así, el legislador español, ante la doctrina del TJUE que postulaba la igualdad de trato para todos los dividendos, cualquiera que fuere su fuente u origen, reaccionó, respecto del IRPF, suprimiendo el sistema de eliminación de la doble imposición existente hasta el momento y sujetó a todos los dividendos a una tarifa escasamente progresiva, en tanto que respecto del IS hizo lo contrario, esto es, extendió la exención, en cuanto método de eliminación de la doble imposición, a los dividendos de fuente extranjera en igualdad de condiciones. En ambos casos se ha conseguido el ajuste a la doctrina del TJUE.

Quinta. La doctrina del TJUE ha afectado a la imposición sobre las rentas del capital en sede del Estado miembro en el que reside la entidad pagadora, tal y como la misma está diseñada en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, generalmente siguiendo los criterios del Modelo de Convenio de la OCDE. Así, una retención sobre dividendos, exigible en los términos previstos en un convenio bilateral para eliminar la doble



imposición, podrá devenir inaplicable, o la base de esa retención deberá formarse mediante la admisión de ciertos gastos, aunque el convenio autorice la imposición sobre la renta bruta.

La doctrina del TJUE también ha afectado a la imposición sobre las rentas del capital en sede del Estado miembro en el que reside la entidad perceptora de los dividendos, de manera tal que, en ciertos casos, el método para eliminar la doble imposición previsto en el convenio deberá ceder el paso a otro método distinto.

Todo ello afecta negativamente a la capacidad negociadora de los Estados miembros.

1.2. Conclusiones particulares

Primera. Aun cuando los tribunales españoles no han sido proclives a plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE, sí han sido sensibles a los argumentos basados en las libertades comunitarias, ejercitando, cuando así lo han entendido procedente, el poder-deber de inaplicación de las normas fiscales afectadas.

Segunda. Las sentencias del TJUE en materia de rentas del capital, incluso las no referidas a normas fiscales españolas, han motivado numerosas reformas en nuestras leyes fiscales. Baste recordar, entre otras, las concernientes a la eliminación de la doble imposición económica, tanto en el IS como en el IRPF, a la subcapitalización en el IS y, en fin, a las exenciones a favor de las instituciones de inversión colectiva y de los fondos de pensiones así como a la admisión de gastos profesionales en el IRNR.

Tercera. La concesión de la exención para eliminar la doble imposición respecto de los dividendos procedentes de participaciones cuyo valor de adquisición fuere superior a 20 millones de euros puede derivar en un cuestionamiento generalizado de la tributación por el IRNR de los dividendos internos salientes percibidos por entidades jurídicas, relativos a ese tipo de participaciones, por aplicación de la libertad de movimiento de capitales. En efecto, una participación de esa naturaleza, aun cuando pueda ser considerada como significativa en el sentido del artículo 21 del TRLIS, no siempre dará lugar a la posibilidad de ejercer una influencia significativa sobre las actividades de la entidad participada, de manera tal que, en relación con la misma, podría operar la libertad de movimiento de capitales.

Esta innovación de la Ley 27/2014, con antecedente en una revisión del régimen de la entidad de tenencia de valores extranjeros, debiera ser reconsiderada ya que, sobre ser gravosa desde el punto de vista recaudatorio, por más que halle justificación en la eliminación de la doble imposición, podría implicar la renuncia a tributaciones consentidas por los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición.

Cuarta. Las recientes sentencias del TS sobre las retenciones relativas a los dividendos internos salientes a favor de los fondos de inversión extracomunitarios han supuesto la obli-

gación de efectuar importantes devoluciones a favor de los mismos. Más allá del perjuicio recaudatorio que ello ha supuesto para la jurisdicción fiscal española en beneficio de las jurisdicciones fiscales extracomunitarias, singularmente la norteamericana, cabe advertir la incongruencia que supone la eliminación de la retención sobre la inversión colectiva cuando la relativa a la individual realizada por personas físicas no se ha cuestionado, ni es cuestionable.

El enderezamiento definitivo de la anomalía requeriría que el TJUE tomara en consideración la función puramente vehicular de las instituciones de inversión colectiva, de manera tal que el análisis de comparabilidad se hiciera tomando en consideración la tributación, no de la institución de inversión colectiva, sino la de sus socios o partícipes. No es previsible que el TJUE dé este paso. Sin embargo, tras *Aktienfonds-Kohn* (Sentencia de 30 de enero de 2020, asunto C-156/17 –NFJ076097–), el TS tal vez pudiera enfocar el análisis de comparabilidad de forma distinta a como lo ha venido haciendo hasta el momento, en particular considerando la concurrencia de 100 o más socios.

Con todo, restaría la incidencia, comentada en la conclusión precedente, del valor de adquisición superior a 20 millones de euros.

Quinta. El efecto neutralizador de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición ha sido escasamente examinado por los tribunales españoles, seguramente porque el carácter revisor de la jurisdicción contenciosa no ha hallado el antecedente administrativo necesario. La excepción más significativa, en el momento de escribir estas líneas, es la Sentencia de la AN de 9 de julio de 2020 (rec. núm. 198/2017 –NFJ078918–) y su voto particular. Más allá de que, en el caso concreto, haya sido negado el efecto neutralizador, es lo cierto que ha abierto una vía, tal vez la única verdaderamente practicable, para evitar la transferencia de recursos fiscales desde la jurisdicción fiscal española a la jurisdicción fiscal extranjera, singularmente la norteamericana, en oposición a lo pactado en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición correspondiente.

Sexta. La determinación del beneficiario efectivo, en relación con la aplicación de las normas del IRNR, ha hallado una importante orientación en las sentencias del TJUE sobre la materia, a las cuales es previsible que se ajuste la práctica administrativa y el control jurisdiccional.

Séptima. No obstante las reformas fiscales acometidas para adecuar algunas normas a los criterios del TJUE, todavía restan algunos supuestos que, tal vez, serían merecedores de una modificación con esa misma finalidad.

2. Reflexiones finales

A la vista de las conclusiones precedentes cabe poner sobre el tapete varias preguntas: ¿La doctrina del TJUE relativa a la tributación de las rentas del capital está en sintonía con

el denominado trilema de Rodrik? ¿Podía el TJUE haber adoptado un perfil menos intenso en la protección de las libertades y del principio de no discriminación y más comprensivo con los sistemas fiscales de los Estados miembros? ¿Han sido las sentencias del TJUE un factor de armonización fiscal?

2.1. La versión fiscal del trilema de Rodrik

Según la tesis de Rodrik (2012, capítulos 9-12), no pueden coexistir, en su máxima expresión, la hiperglobalización, la soberanía nacional y la democracia. Una de las tres deberá ser sacrificada.

En un ejercicio puramente especulativo, podría ser traducido el trilema de Rodrik al campo de la fiscalidad sobre las rentas del capital, en el sentido de que no pueden coexistir, en su máxima expresión, la libertad de movimiento de capitales (hiperglobalización), los criterios de distribución de las competencias entre jurisdicciones fiscales libremente pactados por las mismas (soberanía nacional) y la configuración de los sistemas de imposición de acuerdo con las preferencias expresadas por los representantes políticos (democracia).

En un sentido semejante, las sentencias del TJUE han puesto de relieve cómo, en la actual situación de distribución del poder político entre la UE y los Estados miembros, la coexistencia, en ciertas materias no desdeñables, entre las libertades comunitarias y algunos principios básicos de la imposición, se revela preñada de dificultades.

Véase lo sucedido en relación con la eliminación de la doble imposición de dividendos en el IRPF. Podría el legislador haber extendido la eliminación a los dividendos de fuente extranjera pero, en tal caso, hubiere acontecido que los perceptores residentes en territorio español hubieran disfrutado de los servicios servidos por el sector público español y pagado los impuestos en otro país. Tal vez por eso, el legislador decidió suprimir la eliminación de la doble imposición, sobrecargando a los dividendos respecto de los intereses, en claro demérito de la neutralidad. Libertad de movimiento de capitales, neutralidad impositiva y principio del beneficio, no han podido coexistir.

Véase, en el mismo sentido, lo sucedido en relación con la eliminación de la doble imposición económica en el IS. Al extender a los dividendos extranjeros la exención, las sociedades residentes en territorio español receptoras de los mismos están pagando los impuestos sobre los beneficios inherentes a sus inversiones de capital a una jurisdicción fiscal extranjera, en tanto que gozan de la protección de las leyes mercantiles españolas, ellas y sus accionistas. Libertad de movimiento de capitales, neutralidad impositiva y principio del beneficio, tampoco han podido coexistir.

Véase, en fin, lo acontecido con la retención por el IRNR, respecto de los dividendos pagados a fondos de inversión extracomunitarios, donde la Hacienda Pública se ha visto

constreñida a efectuar su devolución, lo que implica una transferencia de recursos hacia sus partícipes los cuales, sin embargo, han obtenido unas rentas originadas por las actividades económicas de unas entidades residentes en territorio español y que, por tanto, se han beneficiado de los servicios prestados por las instituciones públicas españolas, y todo ello sin la contrapartida de un tratamiento de reciprocidad y, todavía más, a esa misma solución podría llegarse en un futuro si se consolidan los criterios mantenidos hasta el momento por el TS, en relación con los intereses pagados por dichas entidades residentes en territorio español, los cuales habrán mermado la base imponible del IS. Libertad de movimiento de capitales, pactos según los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y técnica tributaria apropiada para un vehículo de inversión de los partícipes, igualmente no han podido coexistir.

La primacía del Derecho de la UE ha determinado, en el ámbito de las rentas del capital, de acuerdo con la interpretación que el TJUE ha venido dando al principio de libertad de movimiento de capitales, la inaplicación de ciertas normas nacionales o convenidas internacionalmente, de manera tal que la soberanía fiscal, en ese ámbito, también ha debido ceder.

La propuesta de Rodrik no es dar marcha atrás en el proceso de globalización, sino regularlo, de modo que se llegue a lo que él denomina una «globalización en sus cabales», a cuyo efecto ha desgranado un conjunto de sugerencias (Rodrik, 2012, capítulos 9-12)¹¹ que, llevadas al problema que nos ocupa, se traducirían esencialmente, en la construcción de una doctrina, a cargo del TJUE, que compatibilizase las exigencias de las libertades con los principios rectores de la fiscalidad internacional. En parte, esa doctrina ya está presente en

¹¹ Extracto, a cargo del autor, de las sugerencias de la globalización en sus cabales:

- Los mercados deben ser objeto de regulación. Por tanto, la globalización no debe traspasar la capacidad de una gobernanza global para mantenerla.
- La gobernanza global absoluta es una quimera, no ya solo porque los gobiernos nacionales están fuertemente arraigados, sino porque la armonización de reglas no beneficiaría por igual a sociedades con necesidades y preferencias diversas.
- Un mundo con una globalización moderada sería un lugar mucho mejor para vivir que uno atrapado en la quimérica búsqueda de la hiperglobalización. La preocupación por la presión de las fuerzas de la globalización es la principal razón de la carrera hacia abajo en cuanto a normas laborales, impuestos de sociedades y otros temas.
- No existe un único camino hacia la prosperidad.
- Los países tienen derecho a proteger sus propios sistemas sociales, normas e instituciones. Quienes se oponen a la globalización, argumentan que activa una carrera hacia abajo en la que las naciones convergen hacia los niveles más bajos de impuestos de sociedades, regulaciones financieras y protección medioambiental, laboral y del consumidor.
- La economía mundial debe ser regulada. Confiar esa regulación a las naciones Estado no significa que deban abandonarse las normas internacionales, pero sí que las mismas deban tener en cuenta las diversidades institucionales. La cooperación entre sí de los Estados puede, ciertamente, resolverse en la aceptación de reglas técnicas formuladas por organizaciones internacionales constituidas por los mismos, y bajo su control.

las afirmaciones del TJUE relativas al efecto neutralizador de las restricciones de los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, pero es necesario un mayor desarrollo de la misma. Los tribunales españoles tienen una oportunidad magnífica para estimular tal desarrollo mediante la formulación de cuestiones prejudiciales, en particular en relación con la tributación por el IRNR de las rentas del capital obtenidas por las instituciones de inversión colectiva extracomunitarias.

2.2. El perfil de las sentencias del TJUE en materia de tributación sobre las rentas del capital

Una valoración que se proyectara, indiscriminadamente, sobre todas las sentencias del TJUE, conduciría al error. Sin embargo, en términos generales, puede afirmarse que las sentencias no han versado sobre regímenes fiscales diseñados para promover la inversión interior en detrimento de la exterior, sino sobre regímenes fiscales que, pudiendo tener ese efecto, no habían sido concebidos y establecidos en orden a su consecución, sino como piezas de un sistema tributario coherente. En una parte apreciable, las sentencias del TJUE han recaído en relación con regímenes fiscales ampliamente aceptados por la técnica tributaria y la práctica internacional e incluso respaldados por los criterios de distribución de competencias ínsitos en el Modelo de Convenio de la OCDE, los cuales han debido ceder ante la primacía del Derecho de la UE, no solo en el ámbito comunitario, sino con carácter mundial, habida cuenta de la proyección de la libertad de movimiento de capitales, con grave limitación de la soberanía fiscal de los Estados miembros (Weber, 2006).

Si nos atenemos a esos regímenes, el perfil más intenso se halla en aquellas sentencias que han afectado a la imposición, generalmente mediante retención, sobre dividendos pagados a entidades no residentes o dividendos internos salientes, y a la eliminación de la doble imposición sobre dividendos de fuente extranjera o dividendos externos entrantes.

En el primer caso, el TJUE ha entendido, como así ha quedado expuesto, que las entidades no residentes están en situación comparable con las entidades residentes frente al objetivo de la eliminación de la doble imposición económica, desde el punto y hora en que el Estado miembro correspondiente ha decidido ejercitar su competencia fiscal sobre aquellas mediante la retención sobre los dividendos internos salientes, con la consecuencia de que el Derecho de la UE se opondría a esa retención, en cuanto determinante de una doble imposición que las entidades residentes no padecerían.

Sin embargo, de acuerdo con las reglas rectoras de la fiscalidad internacional auspiciadas por la OCDE, la eliminación de la doble imposición internacional no recae sobre la jurisdicción fiscal de la fuente sino sobre la jurisdicción fiscal de la residencia.

Ciertamente, el TJUE ha venido admitiendo que la restricción así delimitada podría ser neutralizada mediante la imputación de la retención en sede de la imposición de la entidad

perceptora del dividendo, en aplicación de las previsiones de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición.

El Modelo de Convenio de la OCDE prevé esa imputación, si bien con el límite de la parte de cuota correspondiente a los dividendos, de manera tal que la neutralización se produce cuando dichos dividendos se gravan a un tipo superior al de la retención, pero no cuando a los mismos se aplica un método para la eliminación de la doble imposición sea el de exención o el que contemple la imputación del impuesto subyacente. De esta manera, la existencia de un método para eliminar la doble imposición económica en la jurisdicción fiscal de la residencia frustra, de acuerdo con la doctrina del TJUE, la neutralización de la restricción. Esta circunstancia se dará, básicamente, cuando los perceptores sean personas jurídicas.

Si el razonamiento precedente es correcto, la conclusión a la que se llega no es satisfactoria. En efecto, la eliminación de la doble imposición jurídica permite el efecto neutralizador, en tanto que la eliminación de la doble imposición económica, en particular la exención del dividendo, no lo permite, siendo así que la segunda supone una eliminación radical de la doble imposición.

Seguramente, ha faltado en el análisis del TJUE la consideración de que la eliminación de la doble imposición corresponde a la jurisdicción fiscal de la residencia del inversor, y que esa eliminación se puede alcanzar, justamente, mediante la exención del dividendo o la imputación del impuesto subyacente. Tal vez, el TJUE hubiera podido admitir que esa exención o esa imputación del impuesto subyacente, ordenada por un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, tenían también un efecto neutralizador de la restricción.

Por otra parte, desde una perspectiva puramente económica, la retención sobre los dividendos no disuade a los inversores extranjeros de realizar sus inversiones en las entidades pagadoras de los mismos, en la medida en que la retención esté generalizada entre las distintas jurisdicciones fiscales. Ahora bien, desde la perspectiva de la función económica de las libertades de establecimiento y de movimiento de capitales, es esa disuasión la que surte un efecto adverso a las mismas.

Ciertamente, la retención sobre los dividendos internos salientes, cuando los dividendos puramente internos no la sufren o es objeto de devolución, puede determinar un coste fiscal mayor para las inversiones externas en comparación con las internas, lo que podría llevar a los inversores de todas las jurisdicciones fiscales a centrarse en las inversiones puramente internas, excepto si la retención generase un crédito fiscal a ejercitar ante la jurisdicción fiscal de la residencia.

Sobre los rendimientos de una inversión financiera recaen, básicamente, tres impuestos: el impuesto sobre los beneficios de la entidad participada, la retención sobre los beneficios distribuidos y el impuesto personal del inversor. Para elegir entre la inversión interior y exterior, y el lugar de la inversión exterior, el inversor tomará en consideración los tres tributos, así como las posibles relaciones existentes entre los mismos.

Cuando los rendimientos de la inversión tributan por igual ante la imposición personal del inversor, cualquiera que sea su fuente u origen, y la retención, tanto sobre los dividendos internos como extranjeros, genera un crédito fiscal, el inversor únicamente tomará en consideración el impuesto sobre los beneficios de la entidad participada. Así pues, bajo las condiciones señaladas, el impuesto que puede tener verdadera incidencia sobre las decisiones de inversión es el que grava los beneficios de la entidad participada. Sin embargo, ninguna sentencia del TJUE ha versado, ni seguramente versará, sobre el impacto que la diversidad de tipos de gravamen en la imposición sobre los beneficios implica en relación con las libertades de establecimiento y de movimiento de capitales, por cuanto esa diversidad no genera un tratamiento fiscal desigual entre los inversores, aun cuando sí una distorsión respecto de la función económica de las libertades de establecimiento y de movimiento de capitales.

Un supuesto singular es el de las instituciones de inversión colectiva. Estas entidades operan por cuenta de sus inversores. Por esta razón, el régimen fiscal más idóneo para las mismas es el de atribución o transparencia o el de reparto obligatorio de las rentas derivadas de las inversiones que gestiona. Este régimen implica que la institución de inversión colectiva no tribute, sino que lo hagan sus socios y partícipes, a los cuales les debería ser transferida, a modo de crédito fiscal, la retención sobre los dividendos pagados a la institución de inversión colectiva. Bajo ese régimen fiscal, la retención sobre los dividendos pagados a las instituciones de inversión colectiva no residentes determinaría una restricción en cuanto la retención sobre los dividendos pagados a las instituciones de inversión colectiva residentes no se practicara o se devolviera, pero tal restricción estaría neutralizada mediante la generación de un crédito fiscal a favor de los socios o partícipes de la institución de inversión colectiva, que los mismos harían efectiva en sede de su imposición personal. Este es el argumento sobre el que habría de pivotar la defensa de la retención sobre los dividendos pagados a instituciones de inversión colectiva extranjeras. Defensa justa, pues carece de sentido que la retención sobre el dividendo pagado al inversor individual sea inmune al Derecho de la UE y la del dividendo pagado al inversor colectivo a través de la institución de inversión colectiva deba ceder ante el mismo.

El tratamiento igual, a efectos fiscales, del inversor individual y el colectivo es un criterio ampliamente admitido y plenamente congruente con la arquitectura del mercado interior¹².

¹² Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del TFUE (2016/C, 262/01):

Generalmente se acepta que los instrumentos de inversión, como los organismos de inversión colectiva, deben estar sujetos a un nivel impositivo adecuado puesto que básicamente operan como organismos intermediarios entre los inversores (terceros) y las empresas objetivo que son el sujeto de la inversión... neutralidad fiscal significa que los contribuyentes son tratados de la misma manera tanto si invierten en activos, como títulos del Estado y acciones de sociedades anónimas, directa o indirectamente a través de fondos de inversión. En consecuencia, un régi-

Si la retención sobre las rentas percibidas directamente por el inversor no está en cuestión tampoco debería estarlo la practicada sobre las rentas percibidas por el inversor a través de la institución de inversión colectiva.

De acuerdo con los argumentos precedentes, puede concluirse que el TJUE hubiera podido desplegar unos criterios que no hubieran puesto en tela de juicio regímenes fiscales ampliamente consolidados y respaldados por las convenciones internacionales si hubiera construido su doctrina sobre el efecto materialmente restrictivo, respecto de la libertad concernida, de los regímenes fiscales examinados, en vez de confiar la afluencia de tal efecto a un juicio de discriminación basado en el distinto tratamiento fiscal de residentes y no residentes o, incluso en este supuesto, si hubiera profundizado más en los efectos neutralizadores del crédito fiscal nacido de la retención practicada por el Estado miembro de la fuente.

En el segundo caso, esto es, el relativo a los dividendos externos entrantes, el TJUE avistó una restricción a la libertad de movimiento de capitales o a la de establecimiento cuando los dividendos de fuente extranjera percibidos por las personas o entidades residentes tenían un régimen fiscal menos ventajoso que los dividendos de fuente interna. Sencillamente, los Estados miembros que deseen eliminar la doble imposición económica deben extenderla a los dividendos de fuente extranjera, aun cuando ellos no hubieren percibido el impuesto sobre el beneficio del que procede el dividendo.

A diferencia del primer caso, aquí no puede operar la neutralización mediante un convenio bilateral para eliminar la doble imposición. El convenio aplicable habrá previsto la eliminación de la doble imposición en su vertiente jurídica, pero las libertades comunitarias obligarán también a la vertiente económica si los dividendos internos disfrutaban de ella. La alternativa de conceder la eliminación de la doble imposición económica a los dividendos de fuente extranjera no va contra el convenio, pero quiebra el equilibrio propio del mismo si la otra parte contratante no desea conceder la eliminación de la doble imposición económica. La alternativa de no conceder la eliminación de la doble imposición económica para todos los dividendos internos no va en contra de las libertades comunitarias, pero infringe el principio fiscal de neutralidad.

Por otra parte, si el TJUE hubiera construido su doctrina sobre los efectos materialmente restrictivos, respecto de la libertad concernida, hubiera llegado a la misma conclusión.

En este punto, lo que habría que buscar es un equilibrio, el cual puede alcanzarse mediante las prácticas de reciprocidad en el ámbito de las negociaciones de los convenios bi-

men fiscal para organismos de inversión colectiva que respete los fines de transparencia fiscal a nivel del instrumento intermediario puede estar justificado por la lógica del sistema fiscal en cuestión, siempre y cuando evitar la doble imposición económica constituya un principio inherente al sistema fiscal en cuestión...

laterales para eliminar la doble imposición. Bien se comprende que esta línea de actuación cae al margen de las competencias del TJUE, pero su doctrina podrá ser aportada a ese proceso de negociación, a fin de contribuir a encauzarlo en la forma apropiada.

2.3. La denominada armonización negativa

A pesar de las dificultades apuntadas, las sentencias del TJUE han sido, y seguirán siendo, un buen instrumento para cercenar las normas de los distintos sistemas fiscales de los Estados miembros que tratan de manera distinta, e injustificada, situaciones internas e internacionales. En este sentido, son un elemento esencial en la construcción del mercado interior, aun cuando nada puedan contra ciertas normas fiscales, señeras, que distorsionan los flujos de las inversiones, sean reales o financieros, como, por ejemplo, un tipo general de gravamen en el IS anormalmente bajo (Irlanda, 12,5 %; Hungría, 9 %) o unos incentivos fiscales deliberadamente exacerbados (*patent box*), aunque no sean constitutivos de competencia fiscal perjudicial, en el sentido del Código de Conducta.

Por otra parte, el TJUE ha reconocido sus propias limitaciones. Así, ha manifestado que no puede combatir la doble imposición jurídica o económica cuando deriva de la aplicación de normas no discriminatorias de dos Estados miembros, y de ahí la relevancia del significado y contenido, en este ámbito, de la discriminación (Nocete Correa, 2008, capítulo II).

Las sentencias del TJUE han creado un cuerpo doctrinal que, con las carencias que se quiera, está indicando a los Estados miembros los límites al ejercicio de su poder tributario, identificando las opciones a las que se opondría el Derecho de la UE (Barreiro Carril, 2012, pp. 459 y ss.) y, por ende, dejando espacio abierto a otras de diferente perfil pero, en cualquier caso, sujetando a un control de legalidad comunitario a la acción de los Estados miembros en una materia inherente a su soberanía y respecto de la cual la UE carece de competencias, cual es la imposición directa, en particular sobre las rentas del capital.

En este sentido, se ha calificado la función del TJUE en materia fiscal como de integración o armonización negativa, esto es, destruye las normas nocivas por adversas a las libertades o al principio de no discriminación, pero no construye las normas más convenientes desde la perspectiva integradora o armonizadora (Hinneken, 2012).

Referencias bibliográficas

- Báez Moreno, A. (2016). La cláusula del propósito principal (principal *purpose test*). Un análisis crítico de la Acción 6 del proyecto BEPS. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 404, 5-52.
- Barreiro Carril, M. C. (2012). *Los Impuestos Directos y el Derecho de la Unión Europea. La armonización negativa realizada por el TJUE*. IEF.
- Calderón Carrero, J. M. (2017). El Tribunal de Justicia revisita las Directivas matriz-filial y de Fusiones: Una nota sobre los casos Wereldhave Belgium y Europark. *Quincena Fiscal*, 11, 99-112.
- Calderón Carrero, J. M. (2019). *Reciente jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de cláusulas antiabuso nacionales y «europeas»: los «casos daneses» y el asunto X/Stuttgart*. AEDAF.
- Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. (2019). *Derecho Tributario de la Unión Europea*. CISS.
- Cámara Barroso, C. (2017). Interpretación del concepto sociedad de un Estado miembro contenido en la Directiva matriz-filial en los casos de sujeción al impuesto a un tipo de gravamen cero. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 412, 131-138.
- Cámara Barroso, C. (2019). El abuso de derecho y el concepto de beneficiario efectivo en materia de intereses y cánones en el contexto de los «asuntos daneses» del TJUE. *Nueva Fiscalidad*, 4, 309-320.
- Cámara Barroso, C. (2020). El Tribunal Supremo se pronuncia sobre la compatibilidad con la libre circulación de capitales de la retención en la fuente sobre los dividendos pagados a IIC de terceros países. Análisis de la STS 1581/2019, de 13 de noviembre de 2019. *Nueva Fiscalidad*, 1, 297-306.
- Carmona Fernández, N. (2016). La fiscalidad de los no residentes en España (II). Hecho imponible y supuestos de exención. En I. Corral Guadaño, *Manual de Fiscalidad Internacional* (capítulo 7). IEF.
- Castro y Bravo, F. de. (1985). *El negocio jurídico*. Civitas.
- Cencerrado Millán, E. (2010). La subcapitalización. En T. Cordón Ezquerro (Dir.), *Fiscalidad de los Precios de Transferencia* (capítulo 16). CEF.
- Cencerrado Millán, E. (2019). Norma general de limitación de los gastos financieros. En F. Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad Internacional* (capítulo 14). CEF.
- Cívico Maldonado, J. A. y Abad Gurumeta, S. (2017). La fiscalidad de las actividades sin ánimo de lucro con componente internacional. En M. Cruz Amorós (Dir.), *Fiscalidad del Mecenazgo* (ponencia tercera). Fundación Impuestos y Competitividad.
- Delgado Pacheco, A. (2018). *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*. Aranzadi.
- Espejo Poyato, I. (2008). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo sobre las Medidas antielusión de los Estados miembros. En M. Á. Collado Yurrita, S. Moreno González y J. A. Sanz Díaz-Palacios (Coords.), *La lucha contra el fraude fiscal. Estrategias nacionales y comunitarias* (capítulo III). Atelier.

- Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra, E. (2010). *Derecho Fiscal Internacional*. Marcial Pons.
- Fernández Antuña, A. (2013). *Fiscalidad internacional de los gastos financieros: Normativa Interna y Derecho Comparado*. Documentos-IEF, n.º 19 (33 pp.)
- García-Herrera, C. y Herrera Molina, P. (2005). El Tribunal de Justicia ante una encrucijada: ¿Rectificar la Jurisprudencia o desintegrar la fiscalidad internacional en Europa? En M. A. Collado Yurrita (Dir.) y S. Moreno González (Coord.), *Estudios sobre Fiscalidad Internacional y Comunitaria* (capítulo VI). Colex.
- García Novoa, C. (2016). *La deducibilidad fiscal de los gastos financieros en el impuesto sobre sociedades*. Marcial Pons.
- García Prats, F. A. (2016). La tributación de los no residentes en la jurisprudencia del TJUE. En A. Martín Jiménez y F. M. Carrasco González (Dirs.), *Impuestos Directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (capítulo II). Aranzadi Thomson Reuters.
- García Rozado, B. (2016). Medidas unilaterales españolas para evitar la doble imposición internacional. En I. Corral Guadaño (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional* (capítulo 5). IEF.
- García-Torres, M. J. (2014). Efectos recientes en nuestro derecho interno de la armonización del impuesto sobre sociedades: Dedución de intereses de préstamos y regulación de establecimientos permanentes. En A. Martínez y F. Ramos Prieto (Coords.), *Estudios sobre el sistema tributario actual y la situación financiera del sector público. Homenaje al Dr. D. Javier Lasarte Álvarez*. IEF.
- Garde Garde, M. J. (2016). Los convenios de doble imposición. Modelos. Fines. Estructura e Interpretación. En I. Corral Guadaño (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional* (capítulo 7). IEF.
- Grau Ruiz, A. y Malherbe, J. (2016). Los dividendos en la jurisprudencia fiscal del Tribunal de Justicia Europeo: una síntesis. En A. Martín Jiménez y F. M. Carrasco González (Dirs.), *Impuestos Directos y Libertades Fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Cuestiones fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* (capítulo IV). Aranzadi Thomson Reuters.
- Gutiérrez Lousa, M. (2016). Las medidas antiabuso en la normativa doméstica: la subcapitalización. En I. Corral Guadaño (Dir.), *Manual de Fiscalidad Internacional* (capítulo 39). IEF.
- Hinneken, L. (2012). Story and Fundamentals of Direct Taxation at Work. *EC Tax Review*, 21(2), 57-66.
- Hjorth, S., Lejour, A. y Van't Riet, M. (2019). *Limitation of holding structures for intra-EU dividends: A blow to tax avoidance?* CBP Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis.
- Jabalera Rodríguez, A. (2010). Tratamiento fiscal de los dividendos transfronterizos en España y su incompatibilidad con la libre circulación de capitales. *Quincena Fiscal*, 18, 13-43.
- Juan y Peñalosa, J. L. de. y Raventós Calvo, S. (2010). El Tribunal Supremo y la cues-

- tión prejudicial. (Comentario de urgencia a propósito del Auto de 25 de enero de 2010). *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 329-330, 85-94.
- López Pombo, D. (2019). Corrección de la Doble Imposición Interna e Internacional. En G. Navarro e I. García Alonso (Dir.), *Imposición sobre el Beneficio Empresarial. Evolución Reciente y Perspectivas de Futuro* (capítulo IX). Fundación Impuestos y Competitividad.
- López Ribas, S. (2016). El principio de libre competencia y los gastos financieros. *Carta Tributaria*, 12, 24-30.
- López Tello, J. (2014). Las propuestas de reforma del Impuesto sobre Sociedades de la Comisión de Expertos. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 37, 21-43.
- Lucas Durán, M. (2019). Los dividendos e intereses en la fiscalidad internacional. En F. Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad Internacional* (capítulo 14). CEF.
- Malherbe, J., Malherbe, P., Richelle, I. y Traversa, E. (abril 2011). *The Impact of the Rulings of the European Court of Justice in the Area of Direct Taxation 2010*. European Parliament. Think Tank.
- Marín Benítez, G. (2007). Distribución de la Potestad Tributaria sobre las Rentas del Capital: ¿Hacia la exclusiva tributación en residencia? *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 297, 103-136.
- Marín Benítez, G. (2013). *¿Es lícita la planificación fiscal?* Lex Nova, Thomson Reuters.
- Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J. M. (2003). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el impuesto sobre sociedades. En J. J. Rubio Guerrero (Dir.), *Manual del Impuesto sobre Sociedades* (capítulo 49). IEF.
- Moreno González, S. (2014). La libertad de establecimiento y la libertad de circulación de capitales frente al sistema tributario británico de transferencias transfronterizas de dividendos. *Crónica Tributaria*, 151, 235-247.
- Mullerat, R. y Concha, C. (2019). Medidas internacionales de la reforma fiscal en Estados Unidos. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 431, 121-146.
- Nocete Correa, F. J. (2008). *Los convenios de doble imposición (incidencia del Derecho Comunitario)*. Real Colegio de España de Bolonia.
- Palao Taboada, C. (2005). La subcapitalización. En F. Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad Internacional* (capítulo 21). CEF.
- Palao Taboada, C. (2009). *Sistema de fuentes del Derecho tributario en el contexto del Ordenamiento jurídico comunitario. Derecho comunitario originario. Principios generales y valores jurídicos superiores. Valor normativo. Particular referencia a las libertades comunitarias y las cláusulas generales antiabuso*. Documentos-IEF, n.º 2 (Foro Sainz de Bujanda: Ley General Tributaria y Derecho Comunitario).
- Quintana Elena, I. y Gómez Marín, M. (2019). El Impuesto sobre Sociedades y la financiación empresarial. Fondos Propios vs Fondos Ajenos. En G. Navarro e I. García Alonso (Dir.), *Imposición sobre el Beneficio Empresarial. Evolución Reciente y Perspectivas de Futuro* (capítulo IV). Fundación Impuestos y Competitividad.



- Rodrik, D. (2012). *La paradoja de la Globalización: democracia y el futuro de la economía mundial*. Antoni Bosch.
- Ruiz Almendral, V. (2008). *La tributación del no residente comunitario: entre la Armonización fiscal y el Derecho tributario internacional*. EUI Working Papers LAW 2008/25.
- Sánchez Pedroche, J. A. (2004). *Forma y materia en Derecho Financiero y Tributario*. (1.ª ed.). CEF.
- Schwarz, J. (2019). *Beneficial ownership: CJEU Landmark Ruling*. <<http://kluwer-taxblog.com/2019/02/27/beneficial-ownership-cjeu-landmark-ruling/>>.
- Serrano Antón, F. (2019). Los principios básicos de la fiscalidad internacional y los convenios para evitar la doble imposición internacional: historia, tipos, fines, estructura y aplicación. En F. Serrano Antón (Dir.), *Fiscalidad Internacional* (capítulo 8). CEF.
- Villar Ezcurra, M. (2015). STJCE Meilicke (292-04). *Crónica Tributaria*, 155.
- Vogel, K. (2014). *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. Wolters Kluwer.
- Warren, A. C. y Graetz, M. J. (August 31, 2007). Dividend Taxation in Europe: When the ECJ Makes Tax Policy. *Harvard Public Law Working Paper No. 07-18, Yale Law School, Public Law Working Paper No. 143, Yale Law & Economics Research Paper No. 354*. <<https://ssrn.com/abstract=1011155>>.
- Weber, D. (2006). In search of a (new) equilibrium between tax sovereignty and the freedom of movement within the EC. *Intertax*, 34(12), 586-616.
- Zornoza Pérez, J. (2014). El gravamen de las rentas del capital y las libertades comunitarias. *Revista Española de Derecho Financiero*, 161, 33-74.