

EL RESULTADO FINANCIERO EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. DIVIDENDOS Y PLUSVALÍAS DE CARTERA. RENTAS EXENTAS Y NO EXENTAS (I)

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

EXTRACTO

Aun cuando desde la perspectiva cuantitativa las partidas que intervienen en la determinación del resultado de explotación, y el propio resultado de explotación, son, por regla general, incomparablemente mayores, en términos relativos, que las partidas concernientes al resultado financiero, y el propio resultado financiero, es lo cierto que las normas del Impuesto sobre Sociedades relativas al resultado financiero son más abundantes y enjundiosas. Más aún, si se contempla la acción de las organizaciones internacionales en relación con la imposición del beneficio de las empresas, se observará que la materia del resultado financiero, unida a la relativa a los precios de transferencia, prácticamente agota dicha acción. Y más todavía, si se repasa la jurisprudencia de nuestros tribunales, se constatará que los conflictos más frecuentes y espinosos están afincados en el resultado financiero, pudiendo hacerse una reflexión similar respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. ¿Es lógica o patológica esta realidad?

Con la presente colaboración se inicia el camino para responder a esa pregunta. En la misma se aborda el tratamiento de dos partidas que integran el resultado financiero, a saber, los ingresos financieros derivados de instrumentos de patrimonio y los resultados extraordinarios inherentes a la transmisión de los mismos. La extensión con la que la Ley 27/2014 trata esta materia aconseja dividir su exposición en varios capítulos. En el primero, que el lector tiene entre sus manos, tras una breve alusión a aspectos de política fiscal, se examinan, exclusivamente, las rentas que pueden acogerse a la exención del artículo 21 de la LIS y aquellas otras que no pueden hacerlo.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, Ley 27/2014, resultado financiero, dividendos y plusvalías de cartera y rentas exentas y no exentas.

THE FINANCIAL RESULT FOR CORPORATE INCOME TAX PURPOSES. DIVIDENDS AND CAPITAL GAINS ARISING FROM THE SALE OF SHARES. EXEMPT AND NON-EXEMPT REVENUES (I)

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

Even though, when from a quantitative perspective, the items included in the operative income and the operative result, are greater, in relative terms, compared to the items deemed to be financial income, and the financial result itself, the truth is that regulations on the latter are more substantial from a Corporate Income Tax perspective.

Moreover, if we consider the performance of international organizations with respect to the taxation of companies' profits, it will be noted that regulations of financial results as well as transfer pricing, almost exhaust the referred actions.

And what is more, if we review our Courts' precedent rulings, we will determine that the most recurrent and thorny issues concern the financial result; in this sense, the same consideration may be made in regard to the European Court of Justice. Is this reality logic or pathologic?

With the present collaboration, we start the path to answer to this question. In it, it is addressed the treatment of two items comprised in the financial result, i.e. revenues derived from equity instruments and extraordinary results from the alienation thereof.

Provided the great extension with which Law 27/2014 deals with this subject, it is advised to break down its study in various chapters. In the first one, that the reader now holds, we examine exclusively the revenues which may opt for the exemption regulated in Article 21 Corporate Income Tax Act, and those which are not entitled to do so.

Keywords: Corporate Income Tax Law, Law 27/2014, financial result, dividends and capitals gains from the sale of shares and exempt and non-exempt revenues.

Sumario

1. Política fiscal en la eliminación de la doble imposición económica
 - 1.1. Métodos de eliminación de la doble imposición económica
 - 1.2. Breve historia de la eliminación de la doble imposición económica en el Impuesto sobre Sociedades
 - 1.3. Los rasgos novedosos de la Ley 27/2014
 - 1.4. Riesgos y venturas del método de exención
2. La eliminación de la doble imposición económica por el método de exención
 - 2.1. Rentas aptas para disfrutar de la exención
 - 2.1.1. Rentas derivadas de los valores representativos del capital o de los fondos propios
 - 2.1.2. Retribuciones de los préstamos participativos
 - 2.1.3. Rentas derivadas de la transmisión de la participación
 - 2.1.4. Renta derivada de operaciones societarias
 - 2.1.5. Rentas de participaciones preferentes
 - 2.1.6. Permutas
 - 2.2. Rentas excluidas de la exención
 - 2.2.1. Rentas que generan un gasto fiscalmente deducible
 - 2.2.2. Fondo de regulación del mercado hipotecario
 - 2.2.3. Agrupaciones de interés económico españolas y europeas
 - 2.2.4. Aplicación de métodos de imputación
 - 2.2.5. Paraísos fiscales

NOTA: Silvia LÓPEZ RIBAS ha tenido la amabilidad de leer el texto y ha realizado valiosas sugerencias. Los errores que pudieren existir son de la exclusiva responsabilidad del autor.

«No podía pasar inadvertida para el Gobierno la grave consideración de que mientras la riqueza territorial, y aun la industrial en algunas de sus manifestaciones, se hallaban sometidas al peso de un gravamen necesario, pero duro de soportar, otros beneficios de índole inmobiliaria, cuyo desarrollo ha sido considerado en la segunda mitad del siglo, apenas contribuyen a levantar las cargas públicas...»

Proyecto de Ley estableciendo una Contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria

1. POLÍTICA FISCAL EN LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA

La eliminación de la doble imposición económica, esto es, aquella que se produce cuando los beneficios gravados en una entidad acrecen el patrimonio de sus socios, afecta a dos partidas del resultado financiero, a saber, los ingresos financieros derivados de instrumentos de patrimonio y los resultados procedentes de la transmisión de instrumentos financieros de patrimonio.

La eliminación de la doble imposición económica puede proyectarse sobre rentas de fuente interna o también sobre rentas de fuente externa. La limitación a las rentas de fuente interna se justifica en que solamente en ellas la jurisdicción fiscal que la aplica provoca la doble imposición. La extensión a las rentas de fuente externa se justifica en el objetivo, en sí mismo, de eliminación de la doble imposición. Además, cuando se aplica el método de exención (neutralidad en la importación de capitales), se justifica en la aplicación del principio de territorialidad, de manera tal que se reconoce a la jurisdicción fiscal de la residencia de la entidad participada la competencia exclusiva, en tanto que cuando se aplica el método de imputación (neutralidad en la exportación de capitales) se aplica la competencia compartida.

A la eliminación de la doble imposición económica se refiere el artículo 21 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre (en adelante la LIS), bajo el título de *Exención para evitar la doble imposición sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español*¹, y también, aunque limitada a los dividendos y participaciones en beneficios extranjeros, el artículo 32 de la LIS, bajo el título *Deducción para evitar la doble imposición económica internacional: dividendos y participaciones en beneficios*.

Desde la perspectiva de la técnica tributaria cabe indicar que el artículo 21 establece el denominado método de exención, y el artículo 32 el de imputación.

¹ La letra cursiva reproduce literalmente el texto legal o, en su caso, la literatura de una sentencia o de un documento.

«No podía pasar inadvertida para el Gobierno la grave consideración de que mientras la riqueza territorial, y aun la industrial en algunas de sus manifestaciones, se hallaban sometidas al peso de un gravamen necesario, pero duro de soportar, otros beneficios de índole inmobiliaria, cuyo desarrollo ha sido considerado en la segunda mitad del siglo, apenas contribuyen a levantar las cargas públicas...»

Proyecto de Ley estableciendo una Contribución sobre las Utilidades de la Riqueza Mobiliaria

1. POLÍTICA FISCAL EN LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA

La eliminación de la doble imposición económica, esto es, aquella que se produce cuando los beneficios gravados en una entidad acrecen el patrimonio de sus socios, afecta a dos partidas del resultado financiero, a saber, los ingresos financieros derivados de instrumentos de patrimonio y los resultados procedentes de la transmisión de instrumentos financieros de patrimonio.

La eliminación de la doble imposición económica puede proyectarse sobre rentas de fuente interna o también sobre rentas de fuente externa. La limitación a las rentas de fuente interna se justifica en que solamente en ellas la jurisdicción fiscal que la aplica provoca la doble imposición. La extensión a las rentas de fuente externa se justifica en el objetivo, en sí mismo, de eliminación de la doble imposición. Además, cuando se aplica el método de exención (neutralidad en la importación de capitales), se justifica en la aplicación del principio de territorialidad, de manera tal que se reconoce a la jurisdicción fiscal de la residencia de la entidad participada la competencia exclusiva, en tanto que cuando se aplica el método de imputación (neutralidad en la exportación de capitales) se aplica la competencia compartida.

A la eliminación de la doble imposición económica se refiere el artículo 21 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre (en adelante la LIS), bajo el título de *Exención para evitar la doble imposición sobre dividendos y rentas derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades residentes y no residentes en territorio español*¹, y también, aunque limitada a los dividendos y participaciones en beneficios extranjeros, el artículo 32 de la LIS, bajo el título *Deducción para evitar la doble imposición económica internacional: dividendos y participaciones en beneficios*.

Desde la perspectiva de la técnica tributaria cabe indicar que el artículo 21 establece el denominado método de exención, y el artículo 32 el de imputación.

¹ La letra cursiva reproduce literalmente el texto legal o, en su caso, la literatura de una sentencia o de un documento.

En el preámbulo de la LIS se indica, en relación con el método de exención del artículo 21, que dicha regulación constituye *uno de los aspectos más novedosos de esta ley*, y que persigue dos objetivos, *equiparar el tratamiento de las rentas derivadas de participaciones en entidades residentes y no residentes, y establecer un régimen de exención general en el ámbito de las participaciones significativas en entidades residentes*.

La eliminación de la doble imposición económica se plantea en relación con el Impuesto sobre Sociedades tradicional, esto es, el que pivota sobre el resultado contable o *resultado del ejercicio*. En un modelo de Impuesto sobre Sociedades que gravara el resultado de explotación esta compleja cuestión no se plantearía.

En el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias del Plan General de Contabilidad se reconocen, además del *resultado del ejercicio*, el *resultado de explotación* y el *resultado financiero*, determinándose el primero mediante la suma de los otros dos.

El resultado de explotación refleja, básicamente, el exceso (o defecto) del valor de la producción de bienes y servicios respecto del valor de los aprovisionamientos y de los factores de la producción aplicados para la obtención y entrega al mercado de dichos bienes y servicios.

Lo que refleja el resultado financiero no puede ser resumido con una expresión tan rotunda. En efecto, el resultado financiero se compone de un conjunto de conceptos heterogéneos.

De acuerdo con el Plan General de Contabilidad, se insertan en el resultado financiero las siguientes partidas:

- Ingresos financieros derivados de instrumentos de patrimonio.
- Ingresos financieros derivados de valores negociables y otros instrumentos financieros.
- Gastos financieros por deudas.
- Gastos financieros por actualización de valores.
- Variación de valor razonable en instrumentos financieros.
- Diferencias de cambio.
- Deterioro de instrumentos financieros.
- Resultados por enajenaciones de instrumentos financieros.

Tratándose de empresas no financieras que son, en realidad, aquellas a las que se dirige el PGC, esas partidas pueden ser agrupadas en tres conceptos:

- Los gastos que representan el coste que ha de satisfacerse por el uso de los capitales ajenos con los que se financia el activo y las actividades de la empresa.

- Los ingresos derivados de los activos financieros representativos de la financiación, directa o indirecta, otorgada a otras empresas, sea a modo de préstamo o como fondos propios.
- Las ganancias o pérdidas derivadas de la variación de los precios de los activos financieros, incluso las no materializadas mediante la transmisión de los mismos, tratándose de los mantenidos para negociar.

El común denominador de los tres conceptos es que todos ellos, salvo la diferencia de cambio, están relacionados con activos y pasivos de carácter financiero, esto es, que no se aplican a la realización de la función económica de la empresa, en cuanto productora y distribuidora de bienes y servicios para el mercado. Así, las partidas que integran el resultado financiero pueden caracterizarse y acotarse mediante un análisis positivo de su naturaleza, pero también mediante otro de tipo negativo en relación con la función económica de la empresa.

El problema de la doble imposición económica anida en el concepto citado en segundo lugar.

Como se verá, la regulación establecida por la Ley 27/2014 es compleja, como también lo era la establecida en el antiguo Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante TRLIS). La complejidad no se debe a la falta de pericia de los órganos que preparan los proyectos legislativos del Gobierno, sino a la propia contextura de la materia.

1.1. MÉTODOS DE ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA

El debate doctrinal respecto de los méritos de los dos métodos para eliminar la doble imposición económica –imputación y exención– está todavía hoy vivo, por más que la mayoría de los países de nuestro entorno se hayan decantado por el método de exención, en particular desde que en 2009 el Reino Unido abandonó su posición tradicional favorable al método de imputación. Quedan los Estados Unidos como abanderados del método de imputación.

Una posición decididamente favorable al método de imputación se encuentra en las conclusiones del capítulo tercero del informe titulado *The Deferral of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations*, publicado por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos en diciembre de 2000.

El referido informe toma como punto de referencia los estudios de MUSGRAVE y HUFBAUER, los cuales llegaron a la conclusión de que, por razones de eficacia económica, los países deberían estructurar sus sistemas fiscales de manera tal que los inversores adoptaran sus decisiones únicamente por razones de mercado, esto es, sin considerar los impuestos, lo que exigía la adopción del método de imputación.

A partir del análisis de MUSGRAVE y HUFBAUER el informe del Tesoro incorpora estudios posteriores que toman en consideración variables adicionales (efectos de los impuestos sobre el ahorro,

restricciones recaudatorias, otros impuestos señaladamente los que gravan las rentas del trabajo, consideración conjunta de las empresas individuales y sociales, consideración de las inversiones en carteras de valores), para concluir que «... la literatura de la tributación óptima de la renta de fuente extranjera sugiere que, cuando el objetivo es maximizar el bienestar económico global, la neutralidad en la exportación de capitales es probablemente la mejor política. Las conclusiones básicas del análisis fundamental consistentes en que la mejor política es establecer iguales impuestos sobre la renta de la inversión interior y exterior, parece proporcionar la mejor guía para determinar la política fiscal más apropiada incluso cuando factores adicionales se introducen en dicho análisis...».

Una de las críticas más señaladas al método de imputación es la efectuada por WATEL, de la que en nuestro país se ha hecho eco MARTÍN JIMENEZ². Así, se critica su función proteccionista, en el sentido de que protege contra la concurrencia fiscal legítima, se rechaza que produzca un efecto de neutralidad por cuanto la deducción del impuesto extranjero está sujeta a límite y, en fin, se destaca que impide o desalienta la repatriación de beneficios.

Uno de los principales valedores del método de exención fue VOGEL³, para quien el gravamen por el Estado de residencia de la entidad matriz conduce a ineficiencias, habida cuenta de que impone costes adicionales a las inversiones transnacionales cuando su imposición es más alta que la del Estado en el que se realiza la inversión. VOGEL también subraya que la aplicación del principio de la fuente tendría como consecuencia inmediata que las empresas invertirían en aquellos países donde la diferencia entre costes fiscales y provisión de servicios públicos fuese negativa, es decir, las empresas invertirían en aquellos Estados donde hay un grado más alto de suministro de servicios públicos al precio fiscal más bajo, lo que animaría a las Administraciones Fiscales a la gestión más eficiente de los recursos públicos, de manera tal que los parlamentos de los diferentes Estados serían más cuidadosos en sus políticas de gasto fiscal.

Los argumentos de Vogel están próximos a los que sustentan el método de exención en el objetivo de preservar la competitividad de las empresas multinacionales. Aunque favorable al método de imputación en su conjunto, el capítulo 4 del informe *The Deferral of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations* se hace eco de este argumento, pero no lo considera decisivo en la medida en que los países más desarrollados tienen establecidas potentes normas sobre transparencia fiscal internacional.

En la época del presidente Bush, el Tesoro emitió un documento de trabajo denominado *Corporate Inversion Transactions: Tax Policy Implications*, en el que el tradicional apoyo al método de imputación quedaba bastante matizado.

En el mismo se contemplaba el hecho de la transferencia de la sede de la matriz de grupos multinacionales americanos al extranjero, sea mediante la creación de una matriz instrumental

² «Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community» (1999).

³ *World-wide vs Source Taxation of Income. A Review and Reevaluation of Arguments*. Referencia tomada en «Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community».

(reestructuración formal) o a través de la adquisición por una matriz extranjera del capital de la matriz americana (reestructuración real). Tal hecho generaba un conjunto de problemas fiscales, entre los que se destacaban, de una parte, las prácticas tendentes a aminorar las bases imponibles de las entidades del grupo residentes en Estados Unidos, básicamente mediante estructuras financieras anómalas, y de otra, la desaparición de la capacidad para gravar los dividendos de las entidades extranjeras del grupo en cuanto que los mismos ya no afluirían a una matriz americana sino a una matriz residente en el extranjero. Adicionalmente también quedarían extinguidos los puntos de conexión para aplicar la legislación de la «*Subpart F*» (transparencia fiscal internacional).

El documento de trabajo no propuso el tránsito radical hacia el método de exención, sino, prioritariamente, hacer frente a la erosión de las bases imponibles de las filiales residentes en los Estados Unidos de los grupos multinacionales, mediante una norma antisubcapitalización basada en la estructura financiera del grupo multinacional, de manera tal que «... para evaluar si la deuda entre partes vinculadas está siendo utilizada como un mecanismo para la erosión de las rentas el medio de control más útil puede ser examinar si la entidad residente en los Estados Unidos está desproporcionadamente endeudada en relación con el grupo en su conjunto. Por eso puede ser más apropiado comparar el *debt-equity ratio* de la entidad residente en los Estados Unidos con el *debt-equity ratio* del grupo mundial...». Sin embargo, el documento de trabajo no descartaba una revisión fundamental de la fiscalidad internacional considerando los méritos del método de exención de beneficios de fuente extranjera en la línea de algunos países con grupos multinacionales que competían con los de los Estados Unidos, probablemente refiriéndose a Alemania, Francia y Países Bajos, entre otros y, adicionalmente, sugería recortar las normas sobre transparencia fiscal internacional para evitar el gravamen de rentas empresariales.

Arroja nuevas luces sobre la cuestión el informe *Present Law and Issues in U.S. Taxation of Cross-Border Income*, emitido en septiembre de 2011 por el *Joint Committee on Taxation*.

Lo más relevante del mismo es que, tras exponer las distorsiones que el vigente método de imputación norteamericano provoca, se adentra en el análisis de dos alternativas para una reforma fundamental del tratamiento de las rentas de fuente extranjera: *territorial system* y *full inclusion system*. Estas dos alternativas no versan tan solo sobre el tratamiento de los dividendos internacionales, sino sobre la totalidad de las rentas de fuente extranjera y, lo que es más relevante, las presenta bajo la forma de sistemas compuestos por elementos estructurales.

En este sentido, el sistema territorial estaría compuesto por los siguientes elementos:

- Exención de la renta derivada de actividades económicas, lo que implica la exención de los dividendos pagados por sociedades controladas extranjeras derivados de beneficios procedentes de actividades económicas.
- Exención de las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación sobre tales sociedades, hasta el límite de los beneficios no distribuidos.
- No integración en la base imponible de las pérdidas derivadas de la transmisión de la participación.

- Los beneficios no derivados de actividades económicas estarían sujetos a transparencia fiscal internacional (actual *subpart F*).
- Exención de las rentas de establecimientos permanentes, en cuanto rentas de actividad económica.
- Plena tributación de otro tipo de rentas, tales como intereses y cánones, procedentes tanto de sociedades controladas como terceras, con derecho a crédito fiscal de acuerdo con la legislación interna o convenios bilaterales.
- Distribución de gastos comunes entre rentas exentas y no exentas, lo que implicaría el mantenimiento y generalización del método de imputación de intereses conocido como *worldwide affiliated group approach for interest expense*.

Y el sistema de imputación plena podría establecerse mediante una de las siguientes técnicas:

- Aplicación a todas las sociedades extranjeras controladas del régimen fiscal propio de las sociedades de personas, esto es, una suerte de transparencia (*pass-through regime*) lo que, en relación con las pérdidas, implicaría su imputación hasta el límite del valor de la participación, así como la concesión de un crédito fiscal por los impuestos extranjeros que han recaído sobre la renta imputada. Las restantes rentas extranjeras, cualquiera que fuere su naturaleza, se integrarían en la base imponible con derecho a crédito fiscal por el impuesto extranjero.
- Inclusión en el grupo fiscal a las sociedades dependientes extranjeras. Esta técnica es similar a la anterior, excepto por lo que se refiere a las pérdidas, que serían plenamente compensables. Por otra parte, todos los créditos fiscales generados por las rentas percibidas por cualquier sociedad del grupo serían imputables. Las restantes rentas extranjeras, cualquiera que fuere su naturaleza, se integrarían en la base imponible con derecho a crédito fiscal por el impuesto extranjero.
- Aplicación a todas las sociedades extranjeras controladas del régimen de la transparencia fiscal internacional (*subpart F rules*) respecto de la totalidad de la renta obtenida por la entidad controlada, de manera tal que la actual distinción entre renta activa y renta pasiva quedaría superada. Las pérdidas no serían imputadas, como sucede en la actualidad en dicho régimen de transparencia fiscal internacional. Los créditos fiscales por impuestos extranjeros correspondientes a esas rentas serían imputables. Las restantes rentas extranjeras, cualquiera que fuere su naturaleza, se integrarían en la base imponible con derecho a crédito fiscal por el impuesto extranjero.

Es muy interesante para el estudioso de la Ley 27/2014 reparar en los rasgos esenciales del que el informe aludido denomina *territorial system* pues, como es fácil advertir, el método de exención de los artículos 21 y 22 de dicha ley lo ha rebasado ampliamente. En efecto, el método de exención de la Ley 27/2014 proyecta la exención sobre todos los dividendos, cualquiera que sea la naturaleza u origen del beneficio del que proceden, sobre la total plusvalía, se halle o no

respaldada por beneficios no distribuidos, salvo que la entidad participada se califique como patrimonial y, por encima de todo, admite el cómputo de las minusvalías, con ligeras excepciones.

El gran impulso que el legislador de la Ley 27/2014 ha dado al método de exención encuentra un cierto encauzamiento en la transparencia fiscal internacional, cuyo ámbito de aplicación se ha ensanchado.

El método de exención también se ha defendido desde la perspectiva de la distribución del capital a favor de los países en desarrollo. ¿Puede la neutralidad en la importación de capitales conducir el capital hacia países en desarrollo y, consecuentemente, provocar una distribución del mismo más equitativa desde el punto de vista social? La respuesta es positiva, al menos en teoría, supuesto que la tributación efectiva de los beneficios en los países de la fuente sea inferior a la de los países de la residencia del inversor. Desde esta perspectiva el principio de neutralidad en la importación de capitales, exclusivamente aplicado en relación con los países en desarrollo, y, desde luego, respecto de beneficios derivados de la realización de actividades económicas, podría tener efectos positivos. Sin embargo, esta conclusión optimista sería contrarrestada por el hecho de que los países en desarrollo podrían entrar en una dinámica de competencia entre ellos para atraer capital extranjero lo que les llevaría a gravar de manera nula o muy reducida los beneficios y las rentas del capital en general, mermando de esta manera la capacidad de sus respectivos sectores públicos para hacer frente a las numerosas carencias que en materia de infraestructuras, sanidad y educación, entre otras, padecen. Por el contrario, la neutralidad en la exportación de capitales no desataría tales fenómenos de competencia fiscal.

En las publicaciones de las organizaciones internacionales competentes por razón de la materia no se encuentra una posición definida. En este sentido cabe citar el *Informe sobre la imposición de los beneficios en una economía global* (OCDE, 1991), el cual, tras estudiar los dos métodos, exención e imputación, concluye que «en su conjunto, a pesar de algunas divergencias de opinión, la mayor parte de los trabajos sobre esta cuestión han concluido, considerando los diferentes argumentos invocados, que la neutralidad por relación a las exportaciones de capitales es preferible a la neutralidad por relación a las importaciones de capitales y por consiguiente que era preferible escoger el sistema de imputación más bien que el sistema de exención, al menos cuando los tipos de gravamen de las rentas del capital difieren mucho de un país a otro. Por contra, cuando las diferencias son bastante débiles, la incitación a invertir no será apenas afectada por la elección entre el método de imputación y el de exención, y por razones administrativas las autoridades podrían escoger el sistema de exención».

En términos parecidos se expresa el Informe Ruding: «... el comité no tiene una opinión inequívoca respecto de los méritos respectivos de los dos métodos para evitar la doble imposición y considera que los mismos pueden coexistir... sin embargo el comité estima que el método de exención es preferible por razones de simplicidad administrativa, a condición que se acompañe de medidas para impedir la concurrencia fiscal excesiva entre los Estados miembros. Entre estas medidas figuran la armonización mínima de los tipos nominales del Impuesto sobre Sociedades y de la base imponible...».

En nuestro país, el *Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades* (IEF, 1994) se pronunció rotundamente a favor del método de imputación, por cuanto *reviste tres características*

que lo hacen preferible al de exención: neutralidad en la exportación de capitales, equidad interjurisdiccional y equidad interindividual, pero sin ofrecer un análisis de fondo, como tampoco lo haría, veinte años después, el informe rendido por la *Comisión de Expertos para la reforma del sistema tributario español*, la cual, dando por descontada la continuidad del método de exención, se ha limitado a recomendar la exigencia de una *tributación mínima del 10%* y la supresión del requisito de la realización de una actividad empresarial en el extranjero.

1.2. BREVE HISTORIA DE LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

A lo largo de la historia del Impuesto sobre Sociedades, la eliminación de la doble imposición, tanto interna como internacional, ha ocupado un lugar relevante.

En el Texto Refundido de 1922 se decía que *si entre los ingresos de la empresa, computados para la determinación del beneficio figurasen dividendos de otras sociedades sujetas a contribución en esta tarifa y en el mismo ejercicio, se deducirá de la cuota una parte proporcional al 80% de aquellos dividendos*. No se contemplaban, por tanto, los dividendos de fuente extranjera. Esta técnica, de deducción de la cuota íntegra, se mantendrá hasta la Ley 27/2014, si bien su efecto práctico era equivalente al de la exención, total o parcial.

En el Texto Refundido de 1967, inscribible en la reforma tributaria iniciada en 1964 bajo el impulso de la burocracia tecnócrata y desarrollista, la deducción se sitúa en el 33% (continúa en el 80% para entidades de crédito y aseguradoras), y abarca también a *los dividendos percibidos por entidades residentes en España de sus filiales extranjeras*. La exención de plusvalías de cartera despunta tímidamente, ya que se limita las que *obtingan los Bancos industriales y de negocios*.

En la Ley 61/1978, perteneciente a la estela de las reformas tributarias de la transición a la democracia, la deducción será del 50% o del 100% si media una relación de participación del 25%, pero se practicará tomando como base de cálculo *la cantidad que resulte de aplicar al importe de los dividendos o participaciones el tipo medio efectivo de gravamen que se haya aplicado a la Sociedad que reparte los dividendos*, de manera tal que, mediante esta norma se introducía el método de imputación, y, tal vez por ello, desapareció toda mención a los dividendos de fuente extranjera, si bien perduró el tratamiento favorable, bajo la forma de bonificación, de las plusvalías de cartera de los Bancos industriales. La disposición adicional primera de la Ley 18/1982 retornó al método de exención, pero no recuperó el régimen de los dividendos de fuente extranjera.

La Ley 29/1991, cuyo objetivo fue la transposición de las primeras directivas comunitarias relativas a la imposición sobre los beneficios, recuperará la mención a los dividendos de fuente extranjera, pero limitada a los procedentes de filiales residente en algún Estado miembro de la Unión Europea, todo ello en el contexto de la incorporación de la Directiva matriz-filial, decantándose por el método de imputación, de manera tal que el dividendo, junto con el impuesto subyacente extranjero, tributaba, pero dicho impuesto se deducía de la cuota íntegra.

La Ley 43/1995, última ley fiscal del largo periodo de gobiernos socialistas, heredó de la Ley 61/1978 la deducción dual de los dividendos de fuente interna, y de la Ley 29/1991, el método de imputación respecto de los dividendos de las filiales extranjeras. Además, limitado a las denominadas *entidades de tenencia de valores extranjeros*, abrió el camino del método de exención tanto para dividendos como para plusvalías de valores extranjeros, anticipándose así a la posterior eclosión del método de exención para dividendos y plusvalías de cartera de fuente extranjera, ya bajo gobiernos populares. No debería pasar desapercibido que las *entidades de tenencia de valores extranjeros* nacieron a la intemperie, esto es, fuera del acogedor régimen de los grupos fiscales y con objeto social único, seguramente porque el legislador entrevió los riesgos de contaminación que entrañaba una base imponible en la que las rentas positivas (dividendos y plusvalías de cartera) estaban exentas y las rentas negativas (intereses y minusvalías de cartera) computaban sin apenas restricciones.

En esa línea de eclosión del método de exención se inscribe el Real Decreto-Ley 8/1996 el cual, al tiempo que conservaba el régimen de las *entidades de tenencia de valores extranjeros*, generalizó el método de exención para los dividendos y también para las plusvalías de cartera, tanto de fuente interna como extranjera, en cuanto estuvieren respaldadas por beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación, y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, y lo propio cabe decir del Real Decreto-Ley 3/2000, que mantuvo la exención para los dividendos de fuente extranjera, pero amplió el de las plusvalías de cartera de fuente extranjera a su total importe, prescindiendo del respaldo de los beneficios acumulados, al tiempo que conservaba el régimen de las *entidades de tenencia de valores extranjeros*, ya muy próximo al régimen general en términos formales, pero no materiales, pues el requisito de participación mínima, fijado en el 5%, podía ser sustituido por el muy exiguo valor de 6 millones de euros de adquisición de la participación, al tiempo que se levantaba la prohibición de que tal entidad pudiera formar parte de un grupo fiscal. Bien se ve que el legislador de 2000 fue mucho más valiente que el de 1995 o, tal vez, menos prudente.

La Ley 27/2014 representa un paso más en el camino del método de exención, pues proyectará la misma, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, sobre todos los dividendos y plusvalías de cartera, cualquiera que fuere la residencia de la entidad participada, si bien, respecto de los dividendos extranjeros, se conserva, con claros tintes residuales, el método de imputación.

El recorrido histórico es ilustrativo pues, de una parte, muestra el empuje imparable del método de exención, y de otra, contribuye a calibrar la política fiscal que subyace en el artículo 21 de la Ley 27/2014.

1.3. LOS RASGOS NOVEDOSOS DE LA LEY 27/2014

Puesto que ya el Real Decreto-Ley 3/2000 había introducido la exención de dividendos y plusvalías de cartera de fuente extranjera, y la deducción en la cuota íntegra respecto de los dividendos de fuente interna equivalía a su exención, la novedad más importante de la Ley 27/2014 es la exención de las plusvalías de cartera de fuente interna, máxime cuando a dicha exención puede accederse mediante una inversión financiera cuyo coste de adquisición sea superior a 20 millones de euros.

La exención de las plusvalías de cartera de fuente interna modifica apreciablemente la mecánica del sistema para evitar la doble imposición de dividendos. En efecto, se pasa de un sistema en el que el dividendo que no es, para su perceptor, un fruto sino recuperación de la inversión, puede disfrutar de la deducción en la cuota íntegra (equivalente a la exención) a condición de que se pruebe la tributación de la plusvalía de cartera en sede de la cadena de personas o entidades a quienes perteneció la participación, a otro en el que ese dividendo no disfrutará de exención, a menos que se contabilice como un ingreso, no computándose la renta negativa derivada de la transmisión de la participación en el importe del dividendo exento.

La engorrosa prueba de la tributación antecedente queda suprimida. Tampoco hay que magnificar la simplicidad que la supresión de esa prueba aporta, por cuanto solo había de practicarse en aquellos casos en los que el dividendo no era un fruto de la inversión sino recuperación de su valor en sentido económico, y también contable cuando el dividendo procedía de reservas constituidas en el momento de adquisición de la participación.

EJEMPLO 1

Valor de adquisición de la participación: 200; dividendo: 30; hay prueba de la tributación antecedente; el dividendo aminora el valor de la participación aunque deba contabilizarse como ingreso; valor de transmisión *ex post* dividendo: 170.

Sistema del TRLIS (modificado por la Ley 16/2013):

- El dividendo no se integra en la base imponible, aunque deba contabilizarse como ingreso, y minorra el valor de adquisición de la participación, a efectos fiscales.
- Se practica una deducción en la cuota íntegra.
- La pérdida derivada de la transmisión 30 (170 – 200) debe ser ajustada a efectos fiscales por cuanto el valor fiscal de la participación es 170 (200 – 30).

Sistema de la Ley 27/2014:

- El dividendo está exento.
- La pérdida derivada de la transmisión 30 (170 – 200) no se computa, pues debe ser minorada por el dividendo.

Puede apreciarse que con el sistema del TRLIS, la doble imposición que se producía por causa de la tributación de la plusvalía derivada de la transmisión de la participación se recuperaba en sede del perceptor del dividendo, en tanto que con el sistema de la Ley 27/2014, no se

produce doble imposición en sede del transmitente de la participación y, por tanto, nada hay que recuperar en sede del perceptor del dividendo.

En apariencia el nuevo sistema es más lógico y sencillo, pero adolece de un inconveniente fundamental, en el cual se profundizará más adelante, pues la plusvalía de cartera no siempre replica la renta obtenida o que obtendrá la entidad participada, de manera tal que su exención, en estos casos, carece de justificación técnica, sin perjuicio de su eventual servicio a otras finalidades de la política fiscal.

Tratándose de dividendos de fuente extranjera, la mecánica del sistema de eliminación de la doble imposición económica no ha cambiado.

EJEMPLO 2

Valor de adquisición de la participación: 200; dividendo: 30; hay prueba de la tributación antecedente; el dividendo aminora el valor de la participación aunque deba contabilizarse como ingreso; valor de transmisión *ex post* dividendo: 170.

Sistema del TRLIS (modificado por la Ley 16/2013):

- El dividendo está exento.
- La pérdida derivada de la transmisión 30 (170 – 200) no se computa, pues debe ser minorada en el dividendo.

Sistema de la Ley 27/2014:

- El dividendo está exento.
- La pérdida derivada de la transmisión 30 (170 – 200) no se computa, pues debe ser minorada en el dividendo.

En los dos sistemas la prueba de la tributación antecedente es irrelevante.

Ahora bien, siendo cierto que no ha habido variación en la mecánica del sistema de eliminación de la doble imposición en relación con los dividendos y plusvalías de fuente extranjera, no lo es que no haya habido una modificación de relevancia. La ha habido, porque el TRLIS reservaba el método de exención para aquellas rentas, dividendos y plusvalías, procedentes de entidades residentes en el extranjero que realizaban actividades económicas, en tanto que la Ley 27/2014, seguramente con la finalidad de no distinguir entre rentas de fuente interna y externa, ha abandonado este requisito en relación con los dividendos.

1.4. RIESGOS Y VENTURAS DEL MÉTODO DE EXENCIÓN

En el epígrafe 1.1 se han descrito, al hilo del debate doctrinal, las principales ventajas y desventajas de los métodos de imputación y de exención, proyectados sobre las rentas de fuente extranjera, pues están concebidos esencialmente para este dominio. Ya de las desventajas se intuyen algunos riesgos. Ahora se propone una breve alusión a estos últimos, en el contexto del sistema de imposición sobre la renta integrado por el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas:

- Riesgo de deslocalización por motivos fiscales, más acentuado cuando la exención no se restringe a rentas asociadas a la realización de actividades económicas.
- Riesgo de déficit de imposición, en el conjunto del sistema de imposición sobre las personas jurídicas, cuando se computan las minusvalías de manera generalizada.
- Riesgo de arbitraje en relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando en este último se gravan las plusvalías de cartera y los dividendos plenamente.
- Riesgo de arbitraje en relación con las plusvalías de cartera gravadas por el Impuesto sobre Sociedades.
- Riesgo de ofrecer asilo a las carteras potencialmente determinantes de minusvalías, cuando se computan las minusvalías de manera generalizada y en los países del entorno las minusvalías no computan.

Pero junto a esos riesgos, el diseño efectuado por el legislador de la Ley 27/2014 parece haber superado de raíz el problema conocido como «lavado de dividendo», consistente en generar una minusvalía artificiosa provocada por un dividendo exento o con derecho a deducción. En efecto, el dividendo exento minorra el importe de la minusvalía.

A lo largo de la exposición de las distintas materias se efectuarán algunas reflexiones sobre la incidencia de estos riesgos y venturas.

2. LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA POR EL MÉTODO DE EXENCIÓN

El artículo 21 regula esta delicada materia a lo largo de nueve apartados, pero por razones sistemáticas es preferible ordenar la exposición de manera ligeramente diferente:

- Rentas aptas para disfrutar de la exención.
- Rentas excluidas de la exención.
- Requisitos para aplicar la exención.

- Supuestos especiales de aplicación de la exención.
- Incidencia de las rentas negativas.

El tránsito del sistema del TRLIS al de la Ley 27/2014 ha motivado un régimen transitorio, contenido en la disposición transitoria vigésima tercera, lo que indica que, más allá del debate sobre la idoneidad de las decisiones de políticas fiscal que se han adoptado, la técnica tributaria ha sido cuidadosa.

2.1. RENTAS APTAS PARA DISFRUTAR DE LA EXENCIÓN

Pueden disfrutar de la exención las siguientes rentas:

- Los dividendos o participaciones en beneficios de entidades, entendiéndose por tales *los derivados de los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable* (art. 21.2.1.º).
- *Las retribuciones correspondientes a los préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formar cuentas anuales, salvo que generen un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora* (art. 21.2.2.º).
- *La renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad* (art. 21.3).
- *La renta obtenida en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción del capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo* (art. 21.3).

Todas las rentas aptas para disfrutar de la exención, excepto los intereses de los préstamos participativos, se caracterizan por una naturaleza común, a saber, estar vinculadas con la tenencia de un instrumento de patrimonio o su transmisión.

2.1.1. Rentas derivadas de los valores representativos del capital o de los fondos propios

2.1.1.1. Valores representativos del capital social o de los fondos propios

De acuerdo con el artículo 90 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), *las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada y las acciones en la sociedad anónima son partes alicuotas, indivisibles y acumulables del capital social*. Participaciones y acciones son los valores representativos de la participación en el capital social, el cual es una partida integrante de los *fondos propios*, en el sentido del artículo 35 del Código

de Comercio y del Plan General de Contabilidad. Participaciones y acciones son los valores que confieren el *derecho de participar en el reparto de las ganancias sociales* (art. 93 del TRLSC).

A ellos se refiere, básica pero no exclusivamente, el artículo 21.2.1.º. También se refiere a cualesquiera otros valores o derechos, que faculden para participar en las ganancias sociales a título de socio en otras formas sociales como son las sociedades comanditarias y las colectivas y, en general, en toda clase de entidades contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades.

2.1.1.2. Acciones sin voto y rescatables

En desarrollo del mandato del artículo 35.2 del Código de Comercio, a cuyo tenor *en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica*, en la parte introductoria del Plan General de Contabilidad se advierte de que deberán registrarse como pasivos financieros *todos aquellos instrumentos de patrimonio que a la luz de los acuerdos entre emisor y tenedor representen una obligación para la empresa; en particular determinadas acciones rescatables y acciones sin voto*. Las acciones sin voto y las acciones rescatables eventualmente pueden ser calificadas contablemente como pasivo financiero, pero no por ello dejan de representar partes alícuotas del capital social en los términos del TRLSC.

El legislador de la Ley 27/2014 ha preferido la forma de la normativa mercantil societaria antes que la sustancia de la normativa mercantil contable, ya que el artículo 15 a) niega la consideración de gasto fiscalmente deducible a la retribución *correspondiente a los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable*. Coherentemente, el artículo 21.2.1.º habilita la exención para el perceptor de estas rentas.

Podrá criticarse, tal vez, que el legislador haya preferido la apariencia sobre el fondo o, en el mismo sentido, el desvío respecto de los principios que determinan la imagen fiel de las cuentas anuales, pero no la técnica que ha empleado, pues ha correlacionado perfectamente la tributación del socio y de la sociedad.

Esta correlación determina que, en el ámbito de las relaciones financieras internas, la carga fiscal de las sociedades aumente y disminuya la de sus socios, en tanto que en el de las relaciones financieras externas el aumento de la carga fiscal de la sociedad residente en territorio español no necesariamente se verá correspondido con una disminución de la de los socios residentes en el extranjero, pues no será fácil que la preferencia del legislador fiscal español sea compartida por la autoridad fiscal foránea. Este exceso de imposición probablemente llevará a las entidades implicadas en la operación financiera a modificar sus términos, ya sea en sentido endeudamiento o en sentido acciones ordinarias.

2.1.1.3. Valores emitidos por entidades extranjeras

Así como en el caso de activos financieros emitidos por entidades constituidas con arreglo a las leyes españolas la identificación de los dividendos y participaciones en beneficios aptos para disfrutar de la exención apenas ofrece dificultades, máxime tras el posicionamiento formalista del

legislador fiscal, tratándose de los emitidos por entidades constituidas en el extranjero sí se intuye una cierta dificultad.

Podría sostenerse que esa dificultad es aparente, por cuanto bastaría con constatar si la retribución en cuestión ha sido, o no, fiscalmente deducible. Este enfoque sería desacertado, porque la exención del artículo 21 versa sobre la retribución de los valores representativos del capital o de los fondos propios, pero no sobre toda renta derivada de un activo financiero que no haya sido considerada como gasto fiscalmente deducible.

Ha de calificarse si los activos financieros de los que deriva la renta concernida son representativos del capital o los fondos propios de la entidad emisora. ¿Con qué criterios habrá de efectuarse esa calificación?

Cabe sostener que debería acudir a las categorías del ordenamiento jurídico extranjero, por cuanto los activos financieros están sujetos a ese ordenamiento, pero también que, tratándose de la aplicación del Impuesto sobre Sociedades, son las categorías del ordenamiento jurídico español las que deben utilizarse.

A favor de las categorías extranjeras podría aducirse lo previsto en el artículo 10.3 del Código Civil, a cuyo tenor, *en la emisión de títulos valores se atenderá a la ley del lugar en que se produzca*, y de las categorías españolas lo previsto en el artículo 2.2 del Modelo de Convenio de la OCDE, según el cual los términos no definidos en el convenio bilateral de que se trate, *tienen el significado que le atribuya la legislación de ese Estado*, esto es, el que aplica el convenio, aunque, obviamente, no se trata de aplicar un convenio.

Tal vez una posición ecléctica sea la más aprovechable. En su virtud, serán las categorías jurídicas españolas las aplicables a los efectos de la calificación, pero las mismas deberán proyectarse en relación con un haz de derechos nacidos y ejercidos según lo previsto en las normas extranjeras.

A tal efecto, lo que debe dilucidarse, básicamente, es la causa de la retribución recibida, sin que la forma que revista el activo financiero concernido sea dirimente, ni tampoco, como se ha indicado, a efectos de la calificación, el tratamiento fiscal que reciba en sede de la entidad emisora. Si la causa es la propia del contrato de sociedad, esto es, si la sustancia patrimonial que se percibe deriva del lucro repartible en el sentido del artículo 1.665 del Código Civil, dicha retribución deberá calificarse como *dividendos o participaciones en beneficios*.

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

Con todo, habrá de hacerse una matización, en el sentido de calificar también como *dividendos o participaciones en beneficios* a los procedentes de activos financieros asimilables a los que, de acuerdo con el TRLSC, *son representativos del capital o los fondos propios*, aun cuando las retribuciones que otorguen no traigan su causa del contrato de sociedad. Por tanto, las retribuciones correspondientes a activos financieros asimilables a las acciones sin voto o rescatables, deberían ser calificadas como dividendos o participaciones en beneficios.

Sin embargo, la calificación de la renta como retribución derivada de la participación en fondos propios no determina necesariamente el derecho al disfrute de la exención pues, como más adelante se verá, si la retribución tiene la consideración de gasto fiscalmente deducible, no habrá lugar a la misma. Pero esa restricción opera en un estadio diferente al de la determinación de las rentas aptas para disfrutar de la exención, que es el que aquí nos ocupa.

2.1.1.4. *Dividendos que no constituyen ingresos*

¿Pueden disfrutar de exención aquellos dividendos que no están contabilizados como ingresos financieros porque *proceden inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición* de la participación, en los términos del Plan General de Contabilidad?

El último inciso del artículo 22.2.1.º que, como sabemos, desvincula calificación de la renta de su *consideración contable*, podría sugerir una respuesta afirmativa, pero no sería acertada. En efecto, la exención versa sobre la renta, y un dividendo que no constituye ingreso no forma parte de la renta.

Cuando un dividendo que no constituye ingreso se contabiliza como tal, el valor de la inversión mengua, y con ocasión de la transmisión de la participación se pondrá de manifiesto. Este es el problema del «lavado del dividendo», comentado en un epígrafe precedente, y al que el apartado 7 del artículo 21 da certera solución, en la línea de la Ley 16/2013, ordenando aminorar la minusvalía habida en la transmisión en el importe de ese dividendo.

Pudiera acontecer que el efecto del «lavado de dividendo» no fuera una minusvalía sino una minoración de la plusvalía, pero como quiera que la misma está exenta, lo que acontecerá, simplemente, es que la exención versará sobre un importe menor.

Esta es la razón por la que las engorrosas reglas del antiguo artículo 30.4 del TRLIS, concernientes a los dividendos distribuidos con cargo a cuentas que reflejaban las aportaciones realizadas por los socios, no han sido recogidas por la Ley 27/2014.

Ciertamente, la inspección tributaria podrá negar la exención al dividendo que es recuperación de la inversión y, al tiempo, deberá aplicarlo a aminorar el valor de la inversión financiera, pero el efecto práctico de esta regularización será nulo.

EJEMPLO 3

- Valor de adquisición de la participación: 100; dividendo con cargo a reservas adquiridas: 8, contabiliza como ingreso; transmisión de la participación: 97.

.../...

.../...

- Alternativa considerando el dividendo como ingreso: dividendo exento: 8; renta negativa derivada de la transmisión: -3 (97 - 100); minoración de la renta negativa: 3.
- Total tributación: 0.
- Alternativa considerando el dividendo como recuperación del valor de la inversión: dividendo: 0; renta derivada de la transmisión de la participación 5 (100 - 8 + 97), exenta.
- Total tributación: 0.

2.1.2. Retribuciones de los préstamos participativos

La exención versa sobre la retribución de los préstamos participativos *otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio*.

Según el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, la característica esencial de los préstamos participativos es que el interés está determinado por una variable asociada a la actividad de la entidad prestataria, y el efecto que los singulariza es que constituyen patrimonio neto en relación con la determinación de las situaciones de reducción del capital y disolución de sociedades⁴.

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

⁴ Artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996.

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

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

Esta circunstancia determina que los intereses percibidos por entidades residentes en territorio español derivados de préstamos participativos otorgados en el seno de un grupo mercantil tendrán derecho a la exención, excepto si dichos intereses *generan un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora*.

La exención es la respuesta lógica al carácter fiscalmente no deducible de los intereses de préstamos participativos otorgados en el seno de un grupo mercantil, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 a). En efecto, mediante la exención, se evita la doble imposición. Al tiempo, mediante la negación de la exención en caso de tener la consideración de gasto fiscalmente deducible, se evita la no imposición.

Las cuentas cuadran, ciertamente, pero también cuadraban mediante la deducción de los intereses en la entidad prestataria y la correlativa tributación en sede de la entidad prestamista. Sin embargo, la recalificación fiscal de los préstamos participativos no es inocua.

En efecto, las entidades filiales de grupos multinacionales residentes en territorio español encontrarán un obstáculo severo para tomar préstamos participativos intragrupo, porque en tal supuesto las cuentas ya no cuadran en la medida en que el país donde reside la entidad prestamista no conceda, como es previsible, la exención respecto de los intereses percibidos por las entidades prestamistas, mientras que España niega la deducción [art 15 a)]. Se crea así un supuesto de doble imposición para el que los convenios bilaterales para evitar la doble imposición carecen de respuesta.

La complejidad que ha introducido la recalificación de los préstamos participativos a los efectos de la exención de dividendos es notable, si bien ha de señalarse que, en la práctica, afectará a un reducido número de contribuyentes, los cuales, salvo casos contados, podrán reestructurar sus situaciones financieras virando hacia el óptimo fiscal. Bien se comprende que ese viaje financiero en pos de la mejor estación fiscal no se realiza en el tren de la neutralidad. Con todo, ello es el escenario común en un impuesto que, como el de Sociedades, trata de manera distinta al coste de uso de los capitales según el instrumento jurídico empleado para su captación.

2.1.3. Rentas derivadas de la transmisión de la participación

La exención se aplica a las rentas derivadas de la transmisión de la participación en una entidad. Todo tipo de transmisión es apta para habilitar la exención, cualquiera que sea la persona o entidad adquirente, su residencia o la naturaleza del negocio traslativo. Así, la compraventa, la permuta, la donación o la aportación, entre otros.

2.1.3.1. Fundamento de política fiscal

La extensión de la exención a las plusvalías relativas a la transmisión de la participación sobre entidades residentes en territorio español o plusvalías de fuente interna es, como se ha comentado anteriormente, la gran novedad del régimen de *exención para eliminar la doble impo-*

sición. Ya en su día, la exención de las plusvalías de cartera relativas a la participación sobre entidades residentes en el extranjero, mediante el Real Decreto-Ley 3/2000, fue un suceso relevante de la política fiscal. La exención de la plusvalía de cartera se justifica en la eliminación de la doble imposición económica. En efecto, se supone que la plusvalía es la representación actual de los beneficios acumulados y/o de los que en el futuro obtendrá la entidad participada. Desde esta perspectiva la exención no es sino una medida de técnica tributaria.

Bajo la consideración precedente, se tiende a presentar la plusvalía de cartera en paralelo con el dividendo, en relación con la eliminación de la doble imposición económica. Sin embargo hay diferencias notables. En el caso del dividendo, la sociedad pagadora sufre un gravamen sobre el beneficio del que procede el dividendo, de manera que el Impuesto sobre Sociedades opera a modo de impuesto antecedente respecto del impuesto que grava al socio. La capacidad económica del socio ha sido gravada por el Impuesto sobre Sociedades que afecta a la sociedad participada. Es claro que, al menos formalmente, si el dividendo se vuelve a gravar en sede del socio habrá doble imposición.

Nada de esto sucede respecto de la plusvalía de cartera, en la medida en que la misma no esté respaldada por beneficios acumulados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación. La capacidad económica del socio que transmite su participación no ha sido gravada por el Impuesto sobre Sociedades que afecta a la sociedad participada y, desde luego, la doble imposición no es actual sino potencial.

La exención del dividendo no entra en conflicto con el principio de capacidad económica, porque hay constancia de una tributación en sede de la sociedad pagadora, por más que esa tributación pueda ser muy liviana, e incluso simbólica. En la exención de la plusvalía no correspondida por beneficios acumulados, existe la previsión de que la sociedad participada soportará en el futuro la tributación inherente a los beneficios esperados, y se razona que el precio de venta de la participación habrá sido minorado en el valor actual de esa tributación. Ahora bien, cuando el precio de adquisición de la participación fue inferior al valor de las aportaciones recibidas por la sociedad, una parte de la plusvalía responde a esa diferencia y, consecuentemente, no existe doble imposición. A pesar de ello se aplica la exención, como también lo hacía el antiguo artículo 21 del TRLIS.

EJEMPLO 4

- Constitución de A con capital: 100; precio de adquisición: 80; precio de transmisión: 130.
- Plusvalía: 50 (130 – 80).
- Plusvalía respaldada por beneficios futuros: 30 (130 – 100).
- Plusvalía respaldada por aportaciones: 20 (100 – 80).

Véase, por tanto, que la adecuación del método de exención al objetivo de eliminación de la doble imposición económica, y por ende al principio de capacidad económica, es mucho más sólida en el campo de los dividendos que en el de las plusvalías de cartera.

2.1.3.2. Determinación del importe de la renta exenta

Ante la ausencia de reglas específicas, el importe de la renta exenta se debe calcular de acuerdo con las reglas contables. No obstante, cuando el valor fiscal y el valor contable difieran se tomará el valor fiscal.

El artículo 13.2 rechaza la deducción de las pérdidas por deterioro de *los valores representativos de la participación en el capital o los fondos propios de entidades*. Estas pérdidas, sin embargo, serán deducibles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20, cuando los valores se transmitan. En tal caso, la exención debe proyectarse respecto de la renta que ha sido incluida en la base imponible.

EJEMPLO 5

- Valor de adquisición: 100; deterioro: 30; valor de transmisión: 90.
- La renta contable es -30 (periodo del deterioro) y 20 (periodo de la transmisión).
- La renta fiscal es 0 (periodo del deterioro) y -10 (-30 + 20) periodo de la transmisión. Por tanto, no procede la exención.

El artículo 11.10 difiere el cómputo de las rentas negativas derivadas de las transmisiones de *valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades*, cuando el adquirente sea una entidad del mismo grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio al periodo impositivo en el que las mismas se transmitan a terceros, minoradas en el importe de las rentas positivas habidas en esta última transmisión.

EJEMPLO 6

- Valor de adquisición en A: 100; valor de transmisión a B: 70; valor de transmisión a terceros: 90. A y B forman parte del mismo grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

.../...

.../...

- La renta contable de A es -30 (periodo de la transmisión interna) y la de B, 20 (periodo de la transmisión a terceros).
- La renta fiscal de A es 0 (periodo de la transmisión interna) y -10 (periodo de la transmisión a terceros), y la de B, 0 (periodo de la transmisión a terceros), pues procede aplicar íntegramente la exención en B.

Nótese que el efecto práctico conjunto es idéntico al del caso precedente.

2.1.4. Renta derivada de operaciones societarias

El mismo régimen de las transmisiones se asigna a la renta positiva derivada de las operaciones societarias que seguidamente se citan.

2.1.4.1. Liquidación

En la liquidación, el socio recibe los bienes y derechos pertinentes para satisfacer su derecho a participar en el *patrimonio resultante de la liquidación*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 93 del TRLSC. El socio obtiene una renta positiva cuando el valor de mercado de los bienes y derechos recibidos es superior al valor de adquisición de la participación.

En el momento de la liquidación la sociedad puede, o no, tener beneficios acumulados, y los bienes y derechos entregados pueden, o no, tener un valor de mercado superior a su valor contable. Solamente si concurren beneficios acumulados o exceso de valor de mercado sobre el valor contable, podrá existir doble imposición.

Sin embargo, la exención se aplica en todo caso. Por tanto, cuando ni existan beneficios acumulados ni el mencionado exceso, la exención no se justifica en la eliminación de la doble imposición.

EJEMPLO 7

- Constitución de A con capital: 100; beneficios acumulados: 8; precio de adquisición: 80.
- Plusvalía de liquidación: 28 (100 + 8 - 80).
- Renta que sufre doble imposición: 8.

.../...

.../...

- Plusvalía exenta: 28.
- Minusvalía transmisión precedente: $-20 (80 - 100)$.
- Puede apreciarse que existe un déficit de imposición de: $-12 (28 - 28 - 20 + 8)$.

Esta conclusión también sería válida si existieran plusvalías latentes en los activos adjudicados, en la medida en que, conjuntamente con los beneficios acumulados, no igualaran a la diferencia entre las aportaciones y el precio de adquisición de la participación.

EJEMPLO 8

- Constitución de A con capital: 100; beneficios acumulados: 8; precio de adquisición: 80; plusvalía latente en activos: 7.
- Plusvalía de liquidación: $35 (100 + 8 + 7 - 80)$.
- Renta que sufre doble imposición: $15 (8 + 7)$.
- Plusvalía exenta: 35.
- Minusvalía transmisión precedente: $-20 (80 - 100)$.

Puede apreciarse que existe un déficit de imposición de: $-5 (35 - 35 - 20 + 8 + 7)$.

Tal vez haya pesado aquí el mimetismo con la legislación precedente (antiguo art. 30.3 del TRLIS) o el uniformismo deseado respecto del régimen de la transmisión, a la búsqueda de la simplificación. Ahora bien, de una parte, la legislación precedente se cuidaba de establecer una correspondencia entre los *beneficios no distribuidos* y las *rentas computadas*, y de otra, en la transmisión de la participación la entidad continúa existiendo, lo que no es diferencia baladí, por cuanto los beneficios futuros son, como se ha indicado anteriormente, los que justifican la exención en cuanto técnica para eliminar la doble imposición.

2.1.4.2. Separación

De acuerdo con lo previsto en el artículo 356 del TRLSC, los socios afectados por la separación, o la exclusión, *tendrán derecho a obtener en el domicilio social el valor razonable de sus participaciones sociales o acciones en concepto de precio de las que la sociedad adquiere o de reembolso de las que se amortizan*.

La separación, desde el punto de vista económico, se asemeja a una liquidación parcial, pues la sociedad debe entregar parte de su patrimonio a los socios que se separan. Sin embargo, desde la perspectiva de calibrar la existencia, o no, de doble imposición, deben tomarse en consideración no solo los beneficios acumulados sino la previsión de beneficios futuros. Con todo no existirá doble imposición por la parte de renta positiva imputable a la adquisición de la participación por debajo del valor de las aportaciones recibidas por la sociedad.

EJEMPLO 9

- Constitución de A con capital: 100; beneficios acumulados: 8; plusvalía latente en activos: 7. Se separa un socio que adquirió el 20 % del capital por un importe de 16.
- Plusvalía de separación: $7 (100 + 8 + 7/20\% - 16)$.
- Renta que sufre doble imposición: $3 (8 + 7)/20\%$.
- Plusvalía exenta: 7.
- Minusvalía transmisión precedente: $-4 (16 - 20)$.

Puede apreciarse que existe un déficit de imposición de: $-1 (7 - 7 - 4 + 3)$.

2.1.4.3. Reducción de capital

De acuerdo con lo previsto en el artículo 317 del TRLSC, la reducción de capital puede tener por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, la constitución o el incremento de la reserva legal o de las reservas voluntarias o la devolución del valor de las aportaciones. En las sociedades anónimas, la reducción de capital puede tener también por finalidad la condonación de la obligación de realizar las aportaciones pendientes. Solamente en caso de devolución de aportaciones el socio recibe bienes y derechos, pudiendo la misma realizarse mediante la adquisición de participaciones o de acciones de la sociedad para su posterior amortización (art. 338 del TRLSC), con atribución, en su caso, de bonos de disfrute a los titulares de las acciones amortizadas (art. 341 del TRLSC).

La doctrina contable del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) ha venido considerando la reducción de capital con devolución de aportaciones como un supuesto de desinversión, y ha identificado el coste de la participación aplicando a la inversión la misma proporción que represente la reducción de fondos propios respecto al valor teórico contable de las acciones antes de la reducción, corregido en el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición y que subsistan en dicho momento, de manera tal que la diferencia

entre el valor por el que se debe reconocer la participación en la sociedad beneficiaria y el valor en libros que se da de baja se contabilizará en una partida de reservas.

El artículo 17.6 establece que *en la reducción de capital con devolución de aportaciones se integrará en la base imponible de los socios el exceso del valor de mercado de los elementos recibidos sobre el valor fiscal de la participación.*

La regla fiscal supone que los bienes y derechos recibidos como consecuencia de la reducción de capital son recuperación del valor de la inversión, de manera tal que no existirá renta sino cuando el importe de aquellos supere al de esta última. Así pues, la regla fiscal puede diferir el cómputo de la renta inherente a la reducción del capital en relación con su reconocimiento contable, pero el efecto práctico es irrelevante, por cuanto dicha renta está exenta. Solamente si no lo estuviera por mediar alguna causa de exclusión de la exención o, simplemente, por no concurrir los requisitos legales, habría un cierto impacto temporal.

EJEMPLO 10

- Constitución de A con capital: 100; beneficios acumulados: 60; importe de la reducción: 30; valor de adquisición socio S1: 40 (40 %), S2: 5 (20 %), S3: 45 (40 %).
- El único socio que obtiene renta fiscal es S2: 1 (6 – 5). Esta renta está exenta.

Los otros dos socios aplican el importe recibido a reducir, a efectos fiscales, el valor de adquisición de la participación.

Al igual que se ha comentado en relación con el supuesto de liquidación, cuando la entidad participada carece de beneficios acumulados, la exención no se justifica en la eliminación de la doble imposición.

El artículo 17.6 extiende el régimen de la reducción de capital al caso de *distribución de la prima de emisión de acciones o participaciones*. El artículo 21, sin embargo, no menciona a las rentas derivadas del reparto de la prima de emisión entre aquellas que dan derecho a la exención, pero siendo su naturaleza análoga a la renta derivada de la reducción del capital, parece congruente postular la exención de aquellas.

2.1.4.4. Fusión y escisión total o parcial

De acuerdo con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscri-*

tas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.

El artículo 17.9 establece que los socios integrarán en su base imponible *la diferencia entre el valor de mercado de la participación recibida y el valor fiscal de la participación anulada, salvo que resulte de aplicación el régimen fiscal especial previsto en el capítulo VII del título VII de esta ley*, en cuyo caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 81, esa diferencia no se integrará en la base imponible y la participación recibida toma el valor fiscal de la que se tenía en la entidad extinguida.

Por tanto, cuando la operación de fusión no está acogida al régimen fiscal especial, la exención versa sobre la renta determinada por *la diferencia entre el valor de mercado de la participación recibida y el valor fiscal de la participación anulada*, y cuando sí está acogida no habrá lugar a la exención porque no hay renta gravable, pues esta tan solo aparecerá cuando se transmita la participación, y será a esa renta a la que alcance la exención.

El efecto práctico de los dos regímenes es el mismo, siempre que en las dos transmisiones se mantenga el mismo signo de la renta obtenida. Por el contrario, no lo será cuando la renta obtenida cambia de signo.

EJEMPLO 11

- Fusión entre las sociedades Ay B; S1 es socio de A y recibe acciones de B, cuyo valor de mercado es 20, siendo el valor de adquisición de las entregadas 17; posteriormente la participación se transmite en 25 (1.ª hipótesis), 18 (2.ª hipótesis).
- Operación acogida al régimen especial.
 - Plusvalía de fusión: no hay; la participación recibida toma, a efectos fiscales, el valor de adquisición de la entregada.
 - Plusvalía de transmisión: 8 (25 – 17) (1.ª); 1 (18 – 17) (2.ª).
 - Plusvalía exenta: 8 (1.ª); 1 (2.ª).
- Operación de régimen general.
 - Plusvalía de fusión: 3 (20 – 17).
 - Plusvalía exenta: 3.
 - Plusvalía/minusvalía de transmisión: 5 (25 – 20) (1.ª); –2 (18 – 20) (2.ª).
 - Plusvalía exenta: 5 (1.ª); minusvalía computa: –2 (2.ª).

Puede apreciarse que cuando la renta obtenida no cambia de signo el efecto práctico de los dos regímenes es el mismo. Por el contrario, es distinto cuando la renta obtenida cambia de signo. Esta distorsión no es sino una manifestación particular del caso general. En efecto, cuando en el método de exención se computan las minusvalías, hay un efecto de desimposición en el conjunto del sistema, en la medida en que los precios de los activos financieros fluctúen. Este es, probablemente, uno de los mayores inconvenientes del método de exención.

La renta positiva que se exime toma como punto de referencia el valor de mercado de la participación recibida. La determinación del valor de mercado, en particular de instrumentos de patrimonio, es una operación compleja, sujeta a ciertos grados de discrecionalidad técnica, que podrían ser forzados a la búsqueda de una ventaja fiscal representada por un precio de mercado excesivo que, en potencia, alberga una futura minusvalía derivada de la transmisión de la participación adquirida.

Podría entenderse que ese riesgo queda conjurado, en el caso de acciones y participaciones recibidas como consecuencia de una fusión, porque existe un valor de mercado preciso e inequívoco, esto es, aquel en el que se fundamenta la ecuación de canje del artículo 25 de la Ley 3/2009 que, por otra parte, se determina en un contexto de contraposición de intereses. Sin embargo, no debería perderse de vista que esos intereses también quedarían salvaguardados en el marco de valoraciones optimistas referidas a las dos entidades intervinientes.

2.1.4.5. Aportación no dineraria

La doctrina contable considera que el tratamiento de la aportación no dineraria *debe ser análogo al que se da a las permutas de inmovilizado, lo que implica que cuando tenga carácter de permuta no comercial, situación que puede ser frecuente cuando la aportación supone obtener la práctica totalidad del capital de la sociedad, se reflejará la inversión de patrimonio al valor contable de la contraprestación entregada, sin que la operación produzca un resultado contable* [BOICAC 74, Consulta 6 (NFC030182)].

El artículo 17.4 ordena valorar la participación aportada por *el valor de mercado... salvo que resulte de aplicación el régimen previsto en el capítulo VII del título VII*, y el apartado 5 del mismo artículo considera renta gravable *la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor fiscal*.

Así pues, donde contablemente, por regla general, no habrá un resultado, fiscalmente habrá una renta gravable, excepto si media la aplicación del régimen especial. Pues bien, esta renta estará, bajo el cumplimiento de los requisitos legales, exenta.

Cumpléndose los requisitos para que la renta derivada de la aportación se halle exenta, el régimen fiscal especial de las aportaciones no dinerarias del artículo 87 pierde, en relación con el Impuesto sobre Sociedades, todo sentido, pues ninguna ventaja procura diferir la tributación de una plusvalía exenta. Sin embargo, el régimen general puede provocar la distorsión descrita en el apartado precedente.

EJEMPLO 12

- Aportación de participación. Valor de adquisición: 100; valor de mercado: 120; posterior transmisión de la participación por 128 (1.ª hipótesis), 108 (2.ª hipótesis)
- Operación acogida al régimen especial.
 - Plusvalía de aportación no hay. La participación adquirida toma, a efectos fiscales, el valor de adquisición de la aportada.
 - Plusvalía de transmisión: 28 (128 – 100) (1.ª); 8 (108 – 100) (2.ª).
 - Plusvalía exenta: 28 (1.ª); 8 (2.ª).
- Operación de régimen general.
 - Plusvalía de aportación: 20 (120 – 100).
 - Plusvalía exenta: 20.
 - Plusvalía/minusvalía de transmisión: 8 (128 – 120) (1.ª); -12 (108 – 120) (2.ª).
 - Plusvalía exenta: 8 (1.ª); minusvalía computa: -12 (2.ª).

En fin, la exención de una renta que se determina por referencia al valor normal de mercado arroja los riesgos anteriormente expuestos en relación con la fusión, pero agravados en aquellas aportaciones en las que no hay conflicto de intereses.

2.1.4.6. Transmisión del derecho de suscripción preferente

El artículo 304 del TRLSC establece que *en los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea*. Este derecho tiene por objeto proteger el contenido de los derechos económicos de los socios sobre la sociedad.

Con ocasión de la transmisión del derecho de suscripción se puede derivar una renta para el socio, positiva o negativa que, de acuerdo con la regla 9.ª 2.5.2 del Plan General de Contabilidad, resulta de enfrentar el precio de la transmisión con el importe del coste de los derechos determinado *aplicando alguna fórmula valorativa de general aceptación*.

Esta renta no está entre las mencionadas en el artículo 21.3, pero estando exentos los dividendos y las rentas positivas de la transmisión de la participación carecería de sentido sostener

que no disfruta de exención. Por otra parte, la transmisión del derecho de suscripción depara la minoración del porcentaje de participación, así como la baja contable de la inversión financiera en el importe del coste del derecho, de manera tal que no existe inconveniente en asimilar esta renta a la derivada de la transmisión de la participación.

2.1.5. Rentas de participaciones preferentes

La disposición adicional primera de la Ley 10/2014 establece que *las participaciones preferentes se considerarán capital de nivel 1 adicional a los efectos previstos en el Reglamento (UE) 575/2013, de 26 de junio, siempre que cumplan con las condiciones establecidas en el capítulo 3 del título I de la parte segunda o en el capítulo 2 del título I de la parte décima de dicho reglamento.*

La calificación como *capital de nivel 1* no implica, desde luego, que estos valores sean *representativos del capital o de los fondos propios de entidades* en el sentido del artículo 21.1.1.º, por cuanto no conceden a sus tenedores derecho pleno sobre los beneficios generados y la cuota de liquidación de la entidad emisora, por más que su retribución guarde una cierta relación con dichos beneficios, de manera tal que estas rentas serán gasto fiscalmente deducible para la entidad pagadora e ingreso computable, sin derecho a exención, para la entidad preceptora.

Ese criterio, deducido del haz de derechos y obligaciones que, habitualmente, comportan las participaciones preferentes, está respaldado por lo previsto en las letras a) y b) del apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley 10/2014, a cuyo tenor la remuneración de las participaciones preferentes *tendrá la consideración de gasto deducible para la entidad emisora, y se calificarán como rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.2 de la Ley 35/2006*, respectivamente. Subyacía a ese régimen fiscal que las participaciones preferentes debían calificarse como pasivos financieros y no como instrumentos de patrimonio.

En la tramitación del proyecto de ley del Impuesto sobre Sociedades se ha producido una situación confusa. En efecto, la disposición derogatoria única derogaba las mencionadas letras a) y b), y en el artículo 15 a) de dicho proyecto, relativo a las retribuciones de los fondos propios, se decía que *las participaciones preferentes a que se refiere la disposición adicional primera de la Ley 10/2014... se regirán por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 10 de esta ley*, de manera tal que se confiaba el régimen fiscal a la regulación contable.

No era una mala solución técnica, pues la regulación contable, atenta siempre al fondo antes que a la forma, hubiera procurado la misma calificación que la contenida implícitamente en la norma que se derogaba, esto es, pasivo financiero, y no instrumento de patrimonio o valor representativo de la participación en los fondos propios de entidades, al tiempo que se dejaba abierta la puerta para el caso, seguramente extravagante, de alguna emisión disclosa susceptible de ser calificada como fondo propio. Pero sí era una mala solución política, porque reabría las incerti-

dumbres que el legislador de la Ley 19/2013 supo acertadamente despejar mediante la incorporación a la Ley 13/1985, de una disposición adicional, cuyo contenido sustancial había recalado, finalmente, en la disposición adicional primera de la Ley 10/2014.

En la tramitación legislativa las dos menciones que el proyecto de ley del Impuesto sobre Sociedades dedicaba a las participaciones preferentes fueron enmendadas, de manera tal que ha desaparecido tanto el párrafo del artículo 15 a) como la derogación expresa de la disposición adicional primera de la Ley 10/2014.

Las aguas no se han salido de su cauce. Así, las rentas de las participaciones preferentes emitidas por las entidades de crédito en los términos previstos en la Ley 10/2014 determinan gastos fiscalmente deducibles para la entidad emisora e ingresos financieros no acogibles a la exención del artículo 21 para su perceptor.

Cuestión distinta es que, eventualmente, pueda haber alguna emisión singular que sí merezca la calificación de fondos propios según las normas contables, lo que solo se presentará, previsiblemente de manera episódica, en relación con operaciones financieras realizadas en el seno de un mismo grupo mercantil no sujeto a las normas financieras prudenciales. En tal caso el artículo 15 a) rechazará la deducción en sede del emisor y el artículo 21.2.1.º concederá la exención en sede del perceptor.

2.1.6. Permutas

En las permutas no comerciales los elementos recibidos toman el valor de los entregados, de manera que no existe renta contable, de acuerdo con lo previsto en el Plan General de Contabilidad. Por el contrario, el artículo 17.4 e) ordena valorar por el valor normal de mercado a los elementos adquiridos por permuta, y el artículo 17.5 precisa que *las entidades integrarán en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos adquiridos y el valor fiscal de los entregados*.

Siendo indiscutible que la permuta es una modalidad de transmisión, la exención también se aplicará respecto de las rentas positivas que se pongan de manifiesto con ocasión de aquellas permutas que versen sobre una participación, y habrá dos exenciones cuando la permuta sea de participación contra participación.

Se reproducen aquí los riesgos, anteriormente esbozados, en relación con la determinación del valor de mercado, pero con mayor intensidad por cuanto concurren dos exenciones. En efecto, todo error al alza en la determinación del valor de mercado crea dos minusvalías potenciales, sin que incida, en absoluto, en el disfrute de las exenciones concurrentes. Nótese, por otra parte, que en este supuesto el exceso de valor sobre el mercado, en cuanto afecte por igual a las participaciones permutadas, no determina perjuicio para las entidades permutantes.

EJEMPLO 13

- Permuta de participación contra participación. Valores de adquisición respectivos: 100 y 84; valor de mercado: 108; posterior transmisión: 92.
- Plusvalía de permuta: 8 (108 – 100); 24 (108 – 84), ambas exentas.
- Minusvalías de transmisión: –16 (92 – 108), en las dos entidades.

2.2. RENTAS EXCLUIDAS DE LA EXENCIÓN

De entre las rentas por su naturaleza aptas para disfrutar de la exención, quedan excluidas las siguientes:

- Dividendos o participaciones en beneficios *cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en sede de la entidad pagadora* (art. 21.1).
- Rentas *distribuidas por el fondo de regulación de carácter público del mercado hipotecario* [art. 21.8 a)].
- Rentas obtenidas por *agrupaciones de interés económico españolas y europeas, cuando, al menos uno de sus socios, tenga la condición de persona física* [art. 21.8 b)].
- Rentas de fuente extranjera respecto de las cuales la entidad *opte por aplicar, si procede, la deducción establecida en los artículos 31 o 32 de esta ley* [art. 21.8 c)].
- Rentas relativas a entidades residentes *en un país o territorio calificado como paraíso fiscal*, excepto, bajo determinadas circunstancias, cuando se trate de un Estado miembro de la Unión Europea (art. 21.9).

Además, tampoco disfrutarán de exención, las rentas de aquella participación que no cumpla con los requisitos previstos en el apartado 1 del artículo 21, ni aquellas otras comprendidas en la disposición adicional primera, las cuales serán analizadas conjuntamente con los referidos requisitos.

2.2.1. Rentas que generan un gasto fiscalmente deducible

El penúltimo párrafo del artículo 21.1 niega la exención *respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora*.

Con esta norma se puede entender realizada la transposición al ordenamiento interno de la nueva letra a) del artículo 4.1 de la Directiva 2011/96/UE, a cuyo tenor los Estados miembros *se abstendrán de gravar tales beneficios en la medida en que los mismos no hayan sido deducibles por la entidad filial, y los gravarán en la medida en que hayan sido deducibles*⁵. Adicionalmente, se puede entender recogida la recomendación de la OCDE de incorporar una norma defensiva en relación con los denominados híbridos financieros, a cuyo tenor, si la jurisdicción fiscal de la entidad pagadora de la renta la considera fiscalmente deducible, la jurisdicción fiscal de la entidad preceptora de la renta la deberá considerar plenamente gravable⁶.

Las rentas excluidas son aquellas que, teniendo la consideración de dividendos o participaciones en beneficios de acuerdo con las normas mercantiles, determinan un gasto fiscalmente deducible. Las rentas que no tienen la consideración de dividendos o participaciones en beneficios están excluidas de la exención por su propia naturaleza.

La finalidad de la norma es evitar la no imposición que se produciría si un dividendo es admitido a la exención cuando la renta de la que deriva no ha sufrido tributación en sede de la entidad pagadora. En este sentido, las rentas rechazadas deberían ser todas las que no han soportado tributación en sede de la entidad pagadora, cualquiera que fuera la técnica impositiva determinante, esto es, no solo la consideración de gasto fiscalmente deducible, sino reducción de la base imponible, bonificación o cualquier otra de efecto equivalente, fundada en causa distinta que la de evitar la doble imposición, pero la literatura legal apunta exclusivamente al *gasto fiscalmente deducible*.

En un contexto internacional donde la cooperación va a la zaga de la competencia fiscal, era conveniente una redacción más ambiciosa.

El inverso de la norma negadora de la exención es que toda renta que no haya determinado un gasto fiscalmente deducible en sede de la entidad pagadora debería ser admitida a la exención. Esta interpretación no es correcta. En efecto, la renta convocada a la exención es el dividendo o la participación en beneficios, pero no la renta que no haya generado un gasto fiscalmente deducible. Por tanto, los intereses de un préstamo, exceptuados los de carácter participativo intragrupo, aun cuando no hayan sido fiscalmente deducibles, no están exentos.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que cuando las propias normas del Impuesto sobre Sociedades califican como dividendo o participación en beneficios lo que desde el punto de vista de la normativa mercantil de naturaleza contable es un interés, prevalece la calificación fiscal, a los efectos de aplicar la exención. En estos casos se está, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, ante un dividendo o participación en beneficios, con todas sus consecuencias.

La norma negadora de la exención operará, básicamente, en el contexto de las relaciones financieras transfronterizas, pues en el ámbito interno ningún dividendo o participación en bene-

⁵ Traducción y composición del autor.

⁶ *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements. Case 1. Hybrid Financial Instrument*. OECD.

ficios tiene la consideración de gasto fiscalmente deducible. Ni tan siquiera aquellos que las normas mercantiles de naturaleza contable califican como intereses, cual puede ser el caso de ciertas acciones sin voto o rescatables.

La norma rechaza la exención de una renta cuya distribución haya generado un gasto fiscalmente deducible en sede de la *entidad pagadora*. La interposición de una entidad entre la realmente pagadora y la perceptora final no debería preterir la aplicación de la norma. La entidad pagadora no sería, por tanto, la que materialmente realiza el pago cuando su función es puramente intermediaria, sino que lo sería la entidad en la que se origina la renta pagada.

Cuando la entidad pagadora del dividendo está dedicada a la tenencia de activos financieros representativos de endeudamiento, nutre sus ingresos de intereses, de manera tal que el dividendo que distribuye procede de intereses, los cuales generalmente habrán sido gasto fiscalmente deducible en sede de las entidades prestatarias. Esta situación es distinta de la precedente. Aquí no hay interposición, si bien no será siempre fácil distinguir entre la situación de interposición con finalidad fiscal y la situación de actividad de tenencia de activos financieros. La entidad pagadora de la renta, por otra parte, tributará sobre sus beneficios, y la exención cumplirá su papel de eliminar la doble imposición económica.

Sin embargo, si la entidad pagadora tributa livianamente, sea porque lo hace a un tipo nominal de gravamen del 10% o ligeramente superior, o porque haciéndolo a un tipo superior disfruta de algún privilegio fiscal bajo la forma de *exención, bonificación, reducción o deducción*, el loable objetivo de repudiar la no imposición quedará frustrado. Nótese, para mayor desencanto, que esta situación solo es concebible cuando la entidad pagadora del dividendo no es residente en territorio español, pues las residentes tributarían plenamente. En cierto modo, la entidad pagadora no residente cumple, en el supuesto propuesto, una función muy próxima a la de una institución de inversión colectiva. Pues bien, el artículo 53 de la ley establece que los socios de las mismas no pueden *aplicar la exención prevista en el artículo 21 de esta ley*.

Obviamente esta norma no puede extenderse al caso que se comenta. Tan solo si se dieran los supuestos determinantes de la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional se enderezaría la no imposición.

EJEMPLO 14

La entidad A participa en el 100% sobre B, no residente, cuyo activo está compuesto por créditos a entidades del grupo no residentes que realizan actividades económicas: ingresos por intereses: 140, gastos por intereses: 60, resultado contable: 78, dividendo: 70. Tipo de gravamen nominal: 25%, bonificación: 80%.

.../...

.../...

Dividendo exento, a pesar de que la tributación efectiva es 5 %, por razón de la exención y de que los intereses fueron fiscalmente deducibles en las entidades pagadoras. No opera la transparencia fiscal internacional, por cuanto las entidades pagadoras de los intereses realizan actividades económicas y forman parte del grupo mercantil de la entidad perceptora.

Con todo, la nueva norma enderezará situaciones similares a la creada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014 [rec. núm. 232/2011 (NFJ053848)], la cual admitió la exención de las rentas denominadas *juros* a pesar de que constaba en el expediente que habían tenido la consideración de gasto fiscalmente deducible por *cuanto tienen el mismo «leit motiv» que los dividendos, es decir, la existencia de beneficios y su distribución por acuerdo de la Junta de accionistas... su fuente es la existencia de una renta y su título imputativo es la participación del socio en el capital social...*

Cuestión distinta es que la norma pueda aplicarse en relación con el método de exención previsto en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, a la cual no cabe dar una respuesta general sino incardinada en cada convenio, por más que sea pertinente intuir una respuesta positiva, habida cuenta que los convenios no amparan la no imposición.

2.2.2. Fondo de regulación del mercado hipotecario

Los fondos de regulación del mercado hipotecario están regulados en la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario. El artículo 30.4 c) del TRLIS excluía las rentas distribuidas por los mismos de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos, y el artículo 21.8 reproduce la exclusión.

2.2.3. Agrupaciones de interés económico españolas y europeas

Las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, así como las uniones temporales de empresas, tributan en régimen de transparencia fiscal *por la parte de base imponible imputable a los socios residentes en territorio español.*

Esa base imponible se determina de acuerdo con las normas generales, de manera tal que los dividendos y las plusvalías estarán exentos, bajo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. No obstante, cuando al menos uno de sus socios tuviere *la condición de persona física*, no se aplica la exención.

Con esta drástica regla se trata de evitar que, por el conducto de la agrupación de interés económico o de la unión temporal, el socio persona física pueda disfrutar de una exención que,

caso de percibir directamente el dividendo o de realizar directamente la plusvalía, no le hubiera correspondido. Visto el interés que se protege, ha de concluirse que dicho socio, persona física, ha de residir en territorio español.

Tal vez la medida sea excesiva, pues la concurrencia de una participación mínima de una persona física implica la pérdida del régimen de exención para la agrupación o la unión temporal y, por ende, para los restantes socios, pues los mismos deben integrar en su base imponible la porción de base imponible que les corresponda por su participación en aquella.

Salvando esa excepción, el régimen de exención de dividendos y plusvalías se aplica tanto a la agrupación o unión temporal como a sus socios. No obstante, por lo que se refiere a estos últimos, los dividendos no se integran en su base imponible por virtud del régimen de transparencia fiscal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43.3.

¿Se aplica el régimen de exención en relación con la transmisión de la participación?

El sistema de eliminación de la doble imposición de plusvalías en el régimen de transparencia fiscal es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43.4 aumentar el valor de adquisición de la participación *en el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, hubiesen sido imputados a los socios como rentas de sus participaciones en el periodo de tiempo comprendido entre su adquisición y transmisión.*

Podría sostenerse que ese aumento del valor de adquisición, denominado «valor de titularidad», es sustitutivo del régimen de exención. También podría sostenerse que ese aumento juega, simplemente, para determinar el importe de la plusvalía que, en todo caso, disfrutará de exención.

¿Cumple la agrupación de interés económico o la unión temporal el requisito de tributación mínima? En la medida en que dichas entidades están sujetas al Impuesto sobre Sociedades podría sostenerse la respuesta positiva, pero también la negativa, al menos en relación con la porción de base imponible imputada, por cuanto están exceptuadas de pagar la deuda tributaria.

En fin, la cuestión, sobre la que se abundará en sede del análisis del requisito de tributación mínima, no es baladí, por cuanto la interpretación favorable a la exención abre la puerta a la no imposición basada en el juego conjunto de la no tributación por la parte de base imponible imputada y la exención relativa a plusvalías que descontaron beneficios futuros, tal y como enseña la experiencia del antiguo régimen de transparencia fiscal interna.

2.2.4. Aplicación de métodos de imputación

Los artículos 31 y 32 regulan, respectivamente, la deducción para evitar la doble imposición internacional en relación con las retenciones soportadas por las rentas de fuente extranjera, y la deducción para evitar la doble imposición económica internacional en relación con los dividen-

dos y participaciones en beneficios. Las deducciones de los artículos 31 y 32 pueden acumularse, pero están sujetas al límite de la cuota íntegra que se derive de la renta extranjera.

Los artículos 21, 31 y 32 tienen el mismo objetivo, esto es, eliminar la doble imposición internacional, y confluyen respecto de los dividendos y participaciones en beneficios de fuente extranjera. Corresponde al contribuyente optar por el artículo 21, método de exención, o los artículos 31 y 32, método de imputación, en el bien entendido que deberán cumplirse los requisitos legalmente establecidos.

La opción versa sobre las rentas de fuente extranjera susceptibles de acogerse a los dos regímenes, no sobre el activo financiero del que procede. Por tanto, las rentas de un mismo activo financiero, dividendos o participaciones en beneficios, podrán estar afectas al método de exención o al de imputación, incluso en un mismo periodo impositivo aunque, naturalmente, sin solaparse.

Los efectos prácticos del método de exención y el de imputación son idénticos cuando la imposición sufrida por la renta extranjera es igual o superior a la imposición en España. Cuando es inferior el método de exención depara una carga tributaria menor. Tal vez por ello la opción se regula a modo de causa de inaplicación del método de exención. En este sentido, la exención no se aplica *a las rentas de fuente extranjera que la entidad integre en su base imponible y en relación con las cuales opte por aplicar, si procede, la deducción establecida en los artículos 31 o 32.*

El método de imputación, a diferencia del método de exención, no establece el requisito de tributación mínima, ni rechaza las rentas procedentes de entidades residentes en paraísos fiscales, lo cual es congruente con su propia naturaleza, y de ahí que sea previsible su aplicación en esos escenarios.

2.2.5. Paraísos fiscales

El apartado 9 del artículo 21 establece que *en ningún caso se aplicará lo dispuesto en este artículo cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, excepto que resida en un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas.*

La noción de paraíso fiscal se halla en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, según redacción de la disposición final segunda de la Ley 26/2014. El informe de la Dirección General de Tributos de 23 de diciembre de 2014 (NFJ017188) explica que la lista de paraísos fiscales del Real Decreto 1080/1991, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto 116/2013, continúa siendo válida, sin perjuicio de su actualización atendiendo a los criterios legalmente establecidos⁷.

⁷ a) *La existencia con dicho país o territorio de un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o el Conve-*

La característica de residente en paraíso fiscal se predica respecto de la entidad participada, no del origen de las rentas. Por tanto, una entidad residente en un paraíso fiscal que obtenga sus rentas de entidades plenamente operativas no residentes en paraísos fiscales frustra la aplicación de la exención. Lo inverso no es cierto, al menos según la literatura legal, esto es, las rentas procedentes de paraísos fiscales obtenidas por una entidad no residente en un paraíso fiscal, no frustra la aplicación de la exención.

El lógico rechazo de los paraísos fiscales tal vez hubiera debido llevar a excluir de la exención a las rentas derivadas de la participación sobre entidades no residentes en paraísos fiscales, pero cuyos ingresos proceden de entidades residentes en paraísos fiscales.

En el caso de que algún Estado miembro o territorio de la Unión Europea tuviere la consideración de paraíso fiscal, la exención se aplica siempre que *el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas*.

Nótese que las dos notas deben concurrir. La primera tiene un elevado componente subjetivo, no así la segunda, pues la realización de actividades económicas es un dato de la realidad, descrito por el artículo 5.1 como *la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios*, y acotado negativamente por el artículo 5.2 al atribuir a la *sociedad patrimonial* la característica de *que no realiza una actividad económica*, y definirla como *aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto a una actividad económica*.

Esta acotación negativa permite entender, en sentido inverso, que las entidades que desempeñan la función de *holding* realizan actividades económicas si poseen activos financieros de aquellos que no se consideran valores a efectos de la definición de sociedad patrimonial, esto es, básicamente aquellos que *otorguen, al menos, el 5% del capital de una entidad y se posean durante un plazo mínimo de un año, con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no sea a su vez patrimonial*.

En fin, la fórmula empleada para habilitar a las entidades residentes en paraísos fiscales de Estados miembros de la Unión Europea es la misma que las excluye de la transparencia fiscal internacional, pero ligeramente distinta de aquella que permite la exención en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes de los dividendos pagados a una entidad matriz europea cuyos derechos

nio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010, que resulte de aplicación. b) Que no exista un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos por el apartado 4 de esta disposición adicional. c) Los resultados de las evaluaciones inter pares realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales.

políticos están, mayoritariamente, en manos de personas o entidades que no residen en Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, pues la misma apela a los *motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas*, en lugar de hacerlo a la realización de actividades económicas, de manera tal que está anclada en notas altamente subjetivas.

En el preámbulo de la LIS se indica, en relación con el método de exención del artículo 21, que dicha regulación constituye *uno de los aspectos más novedosos de esta ley*, y que persigue dos objetivos, *equiparar el tratamiento de las rentas derivadas de participaciones en entidades residentes y no residentes, y establecer un régimen de exención general en el ámbito de las participaciones significativas en entidades residentes*.

La eliminación de la doble imposición económica se plantea en relación con el Impuesto sobre Sociedades tradicional, esto es, el que pivota sobre el resultado contable o *resultado del ejercicio*. En un modelo de Impuesto sobre Sociedades que gravara el resultado de explotación esta compleja cuestión no se plantearía.

En el modelo de cuenta de pérdidas y ganancias del Plan General de Contabilidad se reconocen, además del *resultado del ejercicio*, el *resultado de explotación* y el *resultado financiero*, determinándose el primero mediante la suma de los otros dos.

El resultado de explotación refleja, básicamente, el exceso (o defecto) del valor de la producción de bienes y servicios respecto del valor de los aprovisionamientos y de los factores de la producción aplicados para la obtención y entrega al mercado de dichos bienes y servicios.

Lo que refleja el resultado financiero no puede ser resumido con una expresión tan rotunda. En efecto, el resultado financiero se compone de un conjunto de conceptos heterogéneos.

De acuerdo con el Plan General de Contabilidad, se insertan en el resultado financiero las siguientes partidas:

- Ingresos financieros derivados de instrumentos de patrimonio.
- Ingresos financieros derivados de valores negociables y otros instrumentos financieros.
- Gastos financieros por deudas.
- Gastos financieros por actualización de valores.
- Variación de valor razonable en instrumentos financieros.
- Diferencias de cambio.
- Deterioro de instrumentos financieros.
- Resultados por enajenaciones de instrumentos financieros.

Tratándose de empresas no financieras que son, en realidad, aquellas a las que se dirige el PGC, esas partidas pueden ser agrupadas en tres conceptos:

- Los gastos que representan el coste que ha de satisfacerse por el uso de los capitales ajenos con los que se financia el activo y las actividades de la empresa.

- Los ingresos derivados de los activos financieros representativos de la financiación, directa o indirecta, otorgada a otras empresas, sea a modo de préstamo o como fondos propios.
- Las ganancias o pérdidas derivadas de la variación de los precios de los activos financieros, incluso las no materializadas mediante la transmisión de los mismos, tratándose de los mantenidos para negociar.

El común denominador de los tres conceptos es que todos ellos, salvo la diferencia de cambio, están relacionados con activos y pasivos de carácter financiero, esto es, que no se aplican a la realización de la función económica de la empresa, en cuanto productora y distribuidora de bienes y servicios para el mercado. Así, las partidas que integran el resultado financiero pueden caracterizarse y acotarse mediante un análisis positivo de su naturaleza, pero también mediante otro de tipo negativo en relación con la función económica de la empresa.

El problema de la doble imposición económica anida en el concepto citado en segundo lugar.

Como se verá, la regulación establecida por la Ley 27/2014 es compleja, como también lo era la establecida en el antiguo Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante TRLIS). La complejidad no se debe a la falta de pericia de los órganos que preparan los proyectos legislativos del Gobierno, sino a la propia contextura de la materia.

1.1. MÉTODOS DE ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA

El debate doctrinal respecto de los méritos de los dos métodos para eliminar la doble imposición económica –imputación y exención– está todavía hoy vivo, por más que la mayoría de los países de nuestro entorno se hayan decantado por el método de exención, en particular desde que en 2009 el Reino Unido abandonó su posición tradicional favorable al método de imputación. Quedan los Estados Unidos como abanderados del método de imputación.

Una posición decididamente favorable al método de imputación se encuentra en las conclusiones del capítulo tercero del informe titulado *The Deferral of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations*, publicado por el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos en diciembre de 2000.

El referido informe toma como punto de referencia los estudios de MUSGRAVE y HUFBAUER, los cuales llegaron a la conclusión de que, por razones de eficacia económica, los países deberían estructurar sus sistemas fiscales de manera tal que los inversores adoptaran sus decisiones únicamente por razones de mercado, esto es, sin considerar los impuestos, lo que exigía la adopción del método de imputación.

A partir del análisis de MUSGRAVE y HUFBAUER el informe del Tesoro incorpora estudios posteriores que toman en consideración variables adicionales (efectos de los impuestos sobre el ahorro,

restricciones recaudatorias, otros impuestos señaladamente los que gravan las rentas del trabajo, consideración conjunta de las empresas individuales y sociales, consideración de las inversiones en carteras de valores), para concluir que «... la literatura de la tributación óptima de la renta de fuente extranjera sugiere que, cuando el objetivo es maximizar el bienestar económico global, la neutralidad en la exportación de capitales es probablemente la mejor política. Las conclusiones básicas del análisis fundamental consistentes en que la mejor política es establecer iguales impuestos sobre la renta de la inversión interior y exterior, parece proporcionar la mejor guía para determinar la política fiscal más apropiada incluso cuando factores adicionales se introducen en dicho análisis...».

Una de las críticas más señaladas al método de imputación es la efectuada por WATEL, de la que en nuestro país se ha hecho eco MARTÍN JIMENEZ². Así, se critica su función proteccionista, en el sentido de que protege contra la concurrencia fiscal legítima, se rechaza que produzca un efecto de neutralidad por cuanto la deducción del impuesto extranjero está sujeta a límite y, en fin, se destaca que impide o desalienta la repatriación de beneficios.

Uno de los principales valedores del método de exención fue VOGEL³, para quien el gravamen por el Estado de residencia de la entidad matriz conduce a ineficiencias, habida cuenta de que impone costes adicionales a las inversiones transnacionales cuando su imposición es más alta que la del Estado en el que se realiza la inversión. VOGEL también subraya que la aplicación del principio de la fuente tendría como consecuencia inmediata que las empresas invertirían en aquellos países donde la diferencia entre costes fiscales y provisión de servicios públicos fuese negativa, es decir, las empresas invertirían en aquellos Estados donde hay un grado más alto de suministro de servicios públicos al precio fiscal más bajo, lo que animaría a las Administraciones Fiscales a la gestión más eficiente de los recursos públicos, de manera tal que los parlamentos de los diferentes Estados serían más cuidadosos en sus políticas de gasto fiscal.

Los argumentos de Vogel están próximos a los que sustentan el método de exención en el objetivo de preservar la competitividad de las empresas multinacionales. Aunque favorable al método de imputación en su conjunto, el capítulo 4 del informe *The Deferral of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations* se hace eco de este argumento, pero no lo considera decisivo en la medida en que los países más desarrollados tienen establecidas potentes normas sobre transparencia fiscal internacional.

En la época del presidente Bush, el Tesoro emitió un documento de trabajo denominado *Corporate Inversion Transactions: Tax Policy Implications*, en el que el tradicional apoyo al método de imputación quedaba bastante matizado.

En el mismo se contemplaba el hecho de la transferencia de la sede de la matriz de grupos multinacionales americanos al extranjero, sea mediante la creación de una matriz instrumental

² «Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community» (1999).

³ *World-wide vs Source Taxation of Income. A Review and Reevaluation of Arguments*. Referencia tomada en «Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community».

(reestructuración formal) o a través de la adquisición por una matriz extranjera del capital de la matriz americana (reestructuración real). Tal hecho generaba un conjunto de problemas fiscales, entre los que se destacaban, de una parte, las prácticas tendentes a aminorar las bases imponibles de las entidades del grupo residentes en Estados Unidos, básicamente mediante estructuras financieras anómalas, y de otra, la desaparición de la capacidad para gravar los dividendos de las entidades extranjeras del grupo en cuanto que los mismos ya no afluirían a una matriz americana sino a una matriz residente en el extranjero. Adicionalmente también quedarían extinguidos los puntos de conexión para aplicar la legislación de la «*Subpart F*» (transparencia fiscal internacional).

El documento de trabajo no propuso el tránsito radical hacia el método de exención, sino, prioritariamente, hacer frente a la erosión de las bases imponibles de las filiales residentes en los Estados Unidos de los grupos multinacionales, mediante una norma antisubcapitalización basada en la estructura financiera del grupo multinacional, de manera tal que «... para evaluar si la deuda entre partes vinculadas está siendo utilizada como un mecanismo para la erosión de las rentas el medio de control más útil puede ser examinar si la entidad residente en los Estados Unidos está desproporcionadamente endeudada en relación con el grupo en su conjunto. Por eso puede ser más apropiado comparar el *debt-equity ratio* de la entidad residente en los Estados Unidos con el *debt-equity ratio* del grupo mundial...». Sin embargo, el documento de trabajo no descartaba una revisión fundamental de la fiscalidad internacional considerando los méritos del método de exención de beneficios de fuente extranjera en la línea de algunos países con grupos multinacionales que competían con los de los Estados Unidos, probablemente refiriéndose a Alemania, Francia y Países Bajos, entre otros y, adicionalmente, sugería recortar las normas sobre transparencia fiscal internacional para evitar el gravamen de rentas empresariales.

Arroja nuevas luces sobre la cuestión el informe *Present Law and Issues in U.S. Taxation of Cross-Border Income*, emitido en septiembre de 2011 por el *Joint Committee on Taxation*.

Lo más relevante del mismo es que, tras exponer las distorsiones que el vigente método de imputación norteamericano provoca, se adentra en el análisis de dos alternativas para una reforma fundamental del tratamiento de las rentas de fuente extranjera: *territorial system* y *full inclusion system*. Estas dos alternativas no versan tan solo sobre el tratamiento de los dividendos internacionales, sino sobre la totalidad de las rentas de fuente extranjera y, lo que es más relevante, las presenta bajo la forma de sistemas compuestos por elementos estructurales.

En este sentido, el sistema territorial estaría compuesto por los siguientes elementos:

- Exención de la renta derivada de actividades económicas, lo que implica la exención de los dividendos pagados por sociedades controladas extranjeras derivados de beneficios procedentes de actividades económicas.
- Exención de las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación sobre tales sociedades, hasta el límite de los beneficios no distribuidos.
- No integración en la base imponible de las pérdidas derivadas de la transmisión de la participación.

- Los beneficios no derivados de actividades económicas estarían sujetos a transparencia fiscal internacional (actual *subpart F*).
- Exención de las rentas de establecimientos permanentes, en cuanto rentas de actividad económica.
- Plena tributación de otro tipo de rentas, tales como intereses y cánones, procedentes tanto de sociedades controladas como terceras, con derecho a crédito fiscal de acuerdo con la legislación interna o convenios bilaterales.
- Distribución de gastos comunes entre rentas exentas y no exentas, lo que implicaría el mantenimiento y generalización del método de imputación de intereses conocido como *worldwide affiliated group approach for interest expense*.

Y el sistema de imputación plena podría establecerse mediante una de las siguientes técnicas:

- Aplicación a todas las sociedades extranjeras controladas del régimen fiscal propio de las sociedades de personas, esto es, una suerte de transparencia (*pass-through regime*) lo que, en relación con las pérdidas, implicaría su imputación hasta el límite del valor de la participación, así como la concesión de un crédito fiscal por los impuestos extranjeros que han recaído sobre la renta imputada. Las restantes rentas extranjeras, cualquiera que fuere su naturaleza, se integrarían en la base imponible con derecho a crédito fiscal por el impuesto extranjero.
- Inclusión en el grupo fiscal a las sociedades dependientes extranjeras. Esta técnica es similar a la anterior, excepto por lo que se refiere a las pérdidas, que serían plenamente compensables. Por otra parte, todos los créditos fiscales generados por las rentas percibidas por cualquier sociedad del grupo serían imputables. Las restantes rentas extranjeras, cualquiera que fuere su naturaleza, se integrarían en la base imponible con derecho a crédito fiscal por el impuesto extranjero.
- Aplicación a todas las sociedades extranjeras controladas del régimen de la transparencia fiscal internacional (*subpart F rules*) respecto de la totalidad de la renta obtenida por la entidad controlada, de manera tal que la actual distinción entre renta activa y renta pasiva quedaría superada. Las pérdidas no serían imputadas, como sucede en la actualidad en dicho régimen de transparencia fiscal internacional. Los créditos fiscales por impuestos extranjeros correspondientes a esas rentas serían imputables. Las restantes rentas extranjeras, cualquiera que fuere su naturaleza, se integrarían en la base imponible con derecho a crédito fiscal por el impuesto extranjero.

Es muy interesante para el estudioso de la Ley 27/2014 reparar en los rasgos esenciales del que el informe aludido denomina *territorial system* pues, como es fácil advertir, el método de exención de los artículos 21 y 22 de dicha ley lo ha rebasado ampliamente. En efecto, el método de exención de la Ley 27/2014 proyecta la exención sobre todos los dividendos, cualquiera que sea la naturaleza u origen del beneficio del que proceden, sobre la total plusvalía, se halle o no

respaldada por beneficios no distribuidos, salvo que la entidad participada se califique como patrimonial y, por encima de todo, admite el cómputo de las minusvalías, con ligeras excepciones.

El gran impulso que el legislador de la Ley 27/2014 ha dado al método de exención encuentra un cierto encauzamiento en la transparencia fiscal internacional, cuyo ámbito de aplicación se ha ensanchado.

El método de exención también se ha defendido desde la perspectiva de la distribución del capital a favor de los países en desarrollo. ¿Puede la neutralidad en la importación de capitales conducir el capital hacia países en desarrollo y, consecuentemente, provocar una distribución del mismo más equitativa desde el punto de vista social? La respuesta es positiva, al menos en teoría, supuesto que la tributación efectiva de los beneficios en los países de la fuente sea inferior a la de los países de la residencia del inversor. Desde esta perspectiva el principio de neutralidad en la importación de capitales, exclusivamente aplicado en relación con los países en desarrollo, y, desde luego, respecto de beneficios derivados de la realización de actividades económicas, podría tener efectos positivos. Sin embargo, esta conclusión optimista sería contrarrestada por el hecho de que los países en desarrollo podrían entrar en una dinámica de competencia entre ellos para atraer capital extranjero lo que les llevaría a gravar de manera nula o muy reducida los beneficios y las rentas del capital en general, mermando de esta manera la capacidad de sus respectivos sectores públicos para hacer frente a las numerosas carencias que en materia de infraestructuras, sanidad y educación, entre otras, padecen. Por el contrario, la neutralidad en la exportación de capitales no desataría tales fenómenos de competencia fiscal.

En las publicaciones de las organizaciones internacionales competentes por razón de la materia no se encuentra una posición definida. En este sentido cabe citar el *Informe sobre la imposición de los beneficios en una economía global* (OCDE, 1991), el cual, tras estudiar los dos métodos, exención e imputación, concluye que «en su conjunto, a pesar de algunas divergencias de opinión, la mayor parte de los trabajos sobre esta cuestión han concluido, considerando los diferentes argumentos invocados, que la neutralidad por relación a las exportaciones de capitales es preferible a la neutralidad por relación a las importaciones de capitales y por consiguiente que era preferible escoger el sistema de imputación más bien que el sistema de exención, al menos cuando los tipos de gravamen de las rentas del capital difieren mucho de un país a otro. Por contra, cuando las diferencias son bastante débiles, la incitación a invertir no será apenas afectada por la elección entre el método de imputación y el de exención, y por razones administrativas las autoridades podrían escoger el sistema de exención».

En términos parecidos se expresa el Informe Ruding: «... el comité no tiene una opinión inequívoca respecto de los méritos respectivos de los dos métodos para evitar la doble imposición y considera que los mismos pueden coexistir... sin embargo el comité estima que el método de exención es preferible por razones de simplicidad administrativa, a condición que se acompañe de medidas para impedir la concurrencia fiscal excesiva entre los Estados miembros. Entre estas medidas figuran la armonización mínima de los tipos nominales del Impuesto sobre Sociedades y de la base imponible...».

En nuestro país, el *Informe para la Reforma del Impuesto sobre Sociedades* (IEF, 1994) se pronunció rotundamente a favor del método de imputación, por cuanto *reviste tres características*

que lo hacen preferible al de exención: neutralidad en la exportación de capitales, equidad interjurisdiccional y equidad interindividual, pero sin ofrecer un análisis de fondo, como tampoco lo haría, veinte años después, el informe rendido por la *Comisión de Expertos para la reforma del sistema tributario español*, la cual, dando por descontada la continuidad del método de exención, se ha limitado a recomendar la exigencia de una *tributación mínima del 10%* y la supresión del requisito de la realización de una actividad empresarial en el extranjero.

1.2. BREVE HISTORIA DE LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

A lo largo de la historia del Impuesto sobre Sociedades, la eliminación de la doble imposición, tanto interna como internacional, ha ocupado un lugar relevante.

En el Texto Refundido de 1922 se decía que *si entre los ingresos de la empresa, computados para la determinación del beneficio figurasen dividendos de otras sociedades sujetas a contribución en esta tarifa y en el mismo ejercicio, se deducirá de la cuota una parte proporcional al 80% de aquellos dividendos*. No se contemplaban, por tanto, los dividendos de fuente extranjera. Esta técnica, de deducción de la cuota íntegra, se mantendrá hasta la Ley 27/2014, si bien su efecto práctico era equivalente al de la exención, total o parcial.

En el Texto Refundido de 1967, inscribible en la reforma tributaria iniciada en 1964 bajo el impulso de la burocracia tecnócrata y desarrollista, la deducción se sitúa en el 33% (continúa en el 80% para entidades de crédito y aseguradoras), y abarca también a *los dividendos percibidos por entidades residentes en España de sus filiales extranjeras*. La exención de plusvalías de cartera despunta tímidamente, ya que se limita las que *obtingan los Bancos industriales y de negocios*.

En la Ley 61/1978, perteneciente a la estela de las reformas tributarias de la transición a la democracia, la deducción será del 50% o del 100% si media una relación de participación del 25%, pero se practicará tomando como base de cálculo *la cantidad que resulte de aplicar al importe de los dividendos o participaciones el tipo medio efectivo de gravamen que se haya aplicado a la Sociedad que reparte los dividendos*, de manera tal que, mediante esta norma se introducía el método de imputación, y, tal vez por ello, desapareció toda mención a los dividendos de fuente extranjera, si bien perduró el tratamiento favorable, bajo la forma de bonificación, de las plusvalías de cartera de los Bancos industriales. La disposición adicional primera de la Ley 18/1982 retornó al método de exención, pero no recuperó el régimen de los dividendos de fuente extranjera.

La Ley 29/1991, cuyo objetivo fue la transposición de las primeras directivas comunitarias relativas a la imposición sobre los beneficios, recuperará la mención a los dividendos de fuente extranjera, pero limitada a los procedentes de filiales residente en algún Estado miembro de la Unión Europea, todo ello en el contexto de la incorporación de la Directiva matriz-filial, decantándose por el método de imputación, de manera tal que el dividendo, junto con el impuesto subyacente extranjero, tributaba, pero dicho impuesto se deducía de la cuota íntegra.

La Ley 43/1995, última ley fiscal del largo periodo de gobiernos socialistas, heredó de la Ley 61/1978 la deducción dual de los dividendos de fuente interna, y de la Ley 29/1991, el método de imputación respecto de los dividendos de las filiales extranjeras. Además, limitado a las denominadas *entidades de tenencia de valores extranjeros*, abrió el camino del método de exención tanto para dividendos como para plusvalías de valores extranjeros, anticipándose así a la posterior eclosión del método de exención para dividendos y plusvalías de cartera de fuente extranjera, ya bajo gobiernos populares. No debería pasar desapercibido que las *entidades de tenencia de valores extranjeros* nacieron a la intemperie, esto es, fuera del acogedor régimen de los grupos fiscales y con objeto social único, seguramente porque el legislador entrevió los riesgos de contaminación que entrañaba una base imponible en la que las rentas positivas (dividendos y plusvalías de cartera) estaban exentas y las rentas negativas (intereses y minusvalías de cartera) computaban sin apenas restricciones.

En esa línea de eclosión del método de exención se inscribe el Real Decreto-Ley 8/1996 el cual, al tiempo que conservaba el régimen de las *entidades de tenencia de valores extranjeros*, generalizó el método de exención para los dividendos y también para las plusvalías de cartera, tanto de fuente interna como extranjera, en cuanto estuvieren respaldadas por beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación, y bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, y lo propio cabe decir del Real Decreto-Ley 3/2000, que mantuvo la exención para los dividendos de fuente extranjera, pero amplió el de las plusvalías de cartera de fuente extranjera a su total importe, prescindiendo del respaldo de los beneficios acumulados, al tiempo que conservaba el régimen de las *entidades de tenencia de valores extranjeros*, ya muy próximo al régimen general en términos formales, pero no materiales, pues el requisito de participación mínima, fijado en el 5%, podía ser sustituido por el muy exiguo valor de 6 millones de euros de adquisición de la participación, al tiempo que se levantaba la prohibición de que tal entidad pudiera formar parte de un grupo fiscal. Bien se ve que el legislador de 2000 fue mucho más valiente que el de 1995 o, tal vez, menos prudente.

La Ley 27/2014 representa un paso más en el camino del método de exención, pues proyectará la misma, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, sobre todos los dividendos y plusvalías de cartera, cualquiera que fuere la residencia de la entidad participada, si bien, respecto de los dividendos extranjeros, se conserva, con claros tintes residuales, el método de imputación.

El recorrido histórico es ilustrativo pues, de una parte, muestra el empuje imparable del método de exención, y de otra, contribuye a calibrar la política fiscal que subyace en el artículo 21 de la Ley 27/2014.

1.3. LOS RASGOS NOVEDOSOS DE LA LEY 27/2014

Puesto que ya el Real Decreto-Ley 3/2000 había introducido la exención de dividendos y plusvalías de cartera de fuente extranjera, y la deducción en la cuota íntegra respecto de los dividendos de fuente interna equivalía a su exención, la novedad más importante de la Ley 27/2014 es la exención de las plusvalías de cartera de fuente interna, máxime cuando a dicha exención puede accederse mediante una inversión financiera cuyo coste de adquisición sea superior a 20 millones de euros.

La exención de las plusvalías de cartera de fuente interna modifica apreciablemente la mecánica del sistema para evitar la doble imposición de dividendos. En efecto, se pasa de un sistema en el que el dividendo que no es, para su perceptor, un fruto sino recuperación de la inversión, puede disfrutar de la deducción en la cuota íntegra (equivalente a la exención) a condición de que se pruebe la tributación de la plusvalía de cartera en sede de la cadena de personas o entidades a quienes perteneció la participación, a otro en el que ese dividendo no disfrutará de exención, a menos que se contabilice como un ingreso, no computándose la renta negativa derivada de la transmisión de la participación en el importe del dividendo exento.

La engorrosa prueba de la tributación antecedente queda suprimida. Tampoco hay que magnificar la simplicidad que la supresión de esa prueba aporta, por cuanto solo había de practicarse en aquellos casos en los que el dividendo no era un fruto de la inversión sino recuperación de su valor en sentido económico, y también contable cuando el dividendo procedía de reservas constituidas en el momento de adquisición de la participación.

EJEMPLO 1

Valor de adquisición de la participación: 200; dividendo: 30; hay prueba de la tributación antecedente; el dividendo aminora el valor de la participación aunque deba contabilizarse como ingreso; valor de transmisión *ex post* dividendo: 170.

Sistema del TRLIS (modificado por la Ley 16/2013):

- El dividendo no se integra en la base imponible, aunque deba contabilizarse como ingreso, y minora el valor de adquisición de la participación, a efectos fiscales.
- Se practica una deducción en la cuota íntegra.
- La pérdida derivada de la transmisión 30 (170 – 200) debe ser ajustada a efectos fiscales por cuanto el valor fiscal de la participación es 170 (200 – 30).

Sistema de la Ley 27/2014:

- El dividendo está exento.
- La pérdida derivada de la transmisión 30 (170 – 200) no se computa, pues debe ser minorada por el dividendo.

Puede apreciarse que con el sistema del TRLIS, la doble imposición que se producía por causa de la tributación de la plusvalía derivada de la transmisión de la participación se recuperaba en sede del perceptor del dividendo, en tanto que con el sistema de la Ley 27/2014, no se

produce doble imposición en sede del transmitente de la participación y, por tanto, nada hay que recuperar en sede del perceptor del dividendo.

En apariencia el nuevo sistema es más lógico y sencillo, pero adolece de un inconveniente fundamental, en el cual se profundizará más adelante, pues la plusvalía de cartera no siempre replica la renta obtenida o que obtendrá la entidad participada, de manera tal que su exención, en estos casos, carece de justificación técnica, sin perjuicio de su eventual servicio a otras finalidades de la política fiscal.

Tratándose de dividendos de fuente extranjera, la mecánica del sistema de eliminación de la doble imposición económica no ha cambiado.

EJEMPLO 2

Valor de adquisición de la participación: 200; dividendo: 30; hay prueba de la tributación antecedente; el dividendo aminora el valor de la participación aunque deba contabilizarse como ingreso; valor de transmisión *ex post* dividendo: 170.

Sistema del TRLIS (modificado por la Ley 16/2013):

- El dividendo está exento.
- La pérdida derivada de la transmisión 30 (170 – 200) no se computa, pues debe ser minorada en el dividendo.

Sistema de la Ley 27/2014:

- El dividendo está exento.
- La pérdida derivada de la transmisión 30 (170 – 200) no se computa, pues debe ser minorada en el dividendo.

En los dos sistemas la prueba de la tributación antecedente es irrelevante.

Ahora bien, siendo cierto que no ha habido variación en la mecánica del sistema de eliminación de la doble imposición en relación con los dividendos y plusvalías de fuente extranjera, no lo es que no haya habido una modificación de relevancia. La ha habido, porque el TRLIS reservaba el método de exención para aquellas rentas, dividendos y plusvalías, procedentes de entidades residentes en el extranjero que realizaban actividades económicas, en tanto que la Ley 27/2014, seguramente con la finalidad de no distinguir entre rentas de fuente interna y externa, ha abandonado este requisito en relación con los dividendos.

1.4. RIESGOS Y VENTURAS DEL MÉTODO DE EXENCIÓN

En el epígrafe 1.1 se han descrito, al hilo del debate doctrinal, las principales ventajas y desventajas de los métodos de imputación y de exención, proyectados sobre las rentas de fuente extranjera, pues están concebidos esencialmente para este dominio. Ya de las desventajas se intuyen algunos riesgos. Ahora se propone una breve alusión a estos últimos, en el contexto del sistema de imposición sobre la renta integrado por el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas:

- Riesgo de deslocalización por motivos fiscales, más acentuado cuando la exención no se restringe a rentas asociadas a la realización de actividades económicas.
- Riesgo de déficit de imposición, en el conjunto del sistema de imposición sobre las personas jurídicas, cuando se computan las minusvalías de manera generalizada.
- Riesgo de arbitraje en relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando en este último se gravan las plusvalías de cartera y los dividendos plenamente.
- Riesgo de arbitraje en relación con las plusvalías de cartera gravadas por el Impuesto sobre Sociedades.
- Riesgo de ofrecer asilo a las carteras potencialmente determinantes de minusvalías, cuando se computan las minusvalías de manera generalizada y en los países del entorno las minusvalías no computan.

Pero junto a esos riesgos, el diseño efectuado por el legislador de la Ley 27/2014 parece haber superado de raíz el problema conocido como «lavado de dividendo», consistente en generar una minusvalía artificiosa provocada por un dividendo exento o con derecho a deducción. En efecto, el dividendo exento minorra el importe de la minusvalía.

A lo largo de la exposición de las distintas materias se efectuarán algunas reflexiones sobre la incidencia de estos riesgos y venturas.

2. LA ELIMINACIÓN DE LA DOBLE IMPOSICIÓN ECONÓMICA POR EL MÉTODO DE EXENCIÓN

El artículo 21 regula esta delicada materia a lo largo de nueve apartados, pero por razones sistemáticas es preferible ordenar la exposición de manera ligeramente diferente:

- Rentas aptas para disfrutar de la exención.
- Rentas excluidas de la exención.
- Requisitos para aplicar la exención.

- Supuestos especiales de aplicación de la exención.
- Incidencia de las rentas negativas.

El tránsito del sistema del TRLIS al de la Ley 27/2014 ha motivado un régimen transitorio, contenido en la disposición transitoria vigésima tercera, lo que indica que, más allá del debate sobre la idoneidad de las decisiones de políticas fiscal que se han adoptado, la técnica tributaria ha sido cuidadosa.

2.1. RENTAS APTAS PARA DISFRUTAR DE LA EXENCIÓN

Pueden disfrutar de la exención las siguientes rentas:

- Los dividendos o participaciones en beneficios de entidades, entendiéndose por tales *los derivados de los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable* (art. 21.2.1.º).
- *Las retribuciones correspondientes a los préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formar cuentas anuales, salvo que generen un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora* (art. 21.2.2.º).
- *La renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad* (art. 21.3).
- *La renta obtenida en los supuestos de liquidación de la entidad, separación del socio, fusión, escisión total o parcial, reducción del capital, aportación no dineraria o cesión global de activo y pasivo* (art. 21.3).

Todas las rentas aptas para disfrutar de la exención, excepto los intereses de los préstamos participativos, se caracterizan por una naturaleza común, a saber, estar vinculadas con la tenencia de un instrumento de patrimonio o su transmisión.

2.1.1. Rentas derivadas de los valores representativos del capital o de los fondos propios

2.1.1.1. Valores representativos del capital social o de los fondos propios

De acuerdo con el artículo 90 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC), *las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada y las acciones en la sociedad anónima son partes alicuotas, indivisibles y acumulables del capital social*. Participaciones y acciones son los valores representativos de la participación en el capital social, el cual es una partida integrante de los *fondos propios*, en el sentido del artículo 35 del Código

de Comercio y del Plan General de Contabilidad. Participaciones y acciones son los valores que confieren el *derecho de participar en el reparto de las ganancias sociales* (art. 93 del TRLSC).

A ellos se refiere, básica pero no exclusivamente, el artículo 21.2.1.º. También se refiere a cualesquiera otros valores o derechos, que faculden para participar en las ganancias sociales a título de socio en otras formas sociales como son las sociedades comanditarias y las colectivas y, en general, en toda clase de entidades contribuyentes del Impuesto sobre Sociedades.

2.1.1.2. Acciones sin voto y rescatables

En desarrollo del mandato del artículo 35.2 del Código de Comercio, a cuyo tenor *en la contabilización de las operaciones se atenderá a su realidad económica y no solo a su forma jurídica*, en la parte introductoria del Plan General de Contabilidad se advierte de que deberán registrarse como pasivos financieros *todos aquellos instrumentos de patrimonio que a la luz de los acuerdos entre emisor y tenedor representen una obligación para la empresa; en particular determinadas acciones rescatables y acciones sin voto*. Las acciones sin voto y las acciones rescatables eventualmente pueden ser calificadas contablemente como pasivo financiero, pero no por ello dejan de representar partes alícuotas del capital social en los términos del TRLSC.

El legislador de la Ley 27/2014 ha preferido la forma de la normativa mercantil societaria antes que la sustancia de la normativa mercantil contable, ya que el artículo 15 a) niega la consideración de gasto fiscalmente deducible a la retribución *correspondiente a los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable*. Coherentemente, el artículo 21.2.1.º habilita la exención para el perceptor de estas rentas.

Podrá criticarse, tal vez, que el legislador haya preferido la apariencia sobre el fondo o, en el mismo sentido, el desvío respecto de los principios que determinan la imagen fiel de las cuentas anuales, pero no la técnica que ha empleado, pues ha correlacionado perfectamente la tributación del socio y de la sociedad.

Esta correlación determina que, en el ámbito de las relaciones financieras internas, la carga fiscal de las sociedades aumente y disminuya la de sus socios, en tanto que en el de las relaciones financieras externas el aumento de la carga fiscal de la sociedad residente en territorio español no necesariamente se verá correspondido con una disminución de la de los socios residentes en el extranjero, pues no será fácil que la preferencia del legislador fiscal español sea compartida por la autoridad fiscal foránea. Este exceso de imposición probablemente llevará a las entidades implicadas en la operación financiera a modificar sus términos, ya sea en sentido endeudamiento o en sentido acciones ordinarias.

2.1.1.3. Valores emitidos por entidades extranjeras

Así como en el caso de activos financieros emitidos por entidades constituidas con arreglo a las leyes españolas la identificación de los dividendos y participaciones en beneficios aptos para disfrutar de la exención apenas ofrece dificultades, máxime tras el posicionamiento formalista del

legislador fiscal, tratándose de los emitidos por entidades constituidas en el extranjero sí se intuye una cierta dificultad.

Podría sostenerse que esa dificultad es aparente, por cuanto bastaría con constatar si la retribución en cuestión ha sido, o no, fiscalmente deducible. Este enfoque sería desacertado, porque la exención del artículo 21 versa sobre la retribución de los valores representativos del capital o de los fondos propios, pero no sobre toda renta derivada de un activo financiero que no haya sido considerada como gasto fiscalmente deducible.

Ha de calificarse si los activos financieros de los que deriva la renta concernida son representativos del capital o los fondos propios de la entidad emisora. ¿Con qué criterios habrá de efectuarse esa calificación?

Cabe sostener que debería acudir a las categorías del ordenamiento jurídico extranjero, por cuanto los activos financieros están sujetos a ese ordenamiento, pero también que, tratándose de la aplicación del Impuesto sobre Sociedades, son las categorías del ordenamiento jurídico español las que deben utilizarse.

A favor de las categorías extranjeras podría aducirse lo previsto en el artículo 10.3 del Código Civil, a cuyo tenor, *en la emisión de títulos valores se atenderá a la ley del lugar en que se produzca*, y de las categorías españolas lo previsto en el artículo 2.2 del Modelo de Convenio de la OCDE, según el cual los términos no definidos en el convenio bilateral de que se trate, *tienen el significado que le atribuya la legislación de ese Estado*, esto es, el que aplica el convenio, aunque, obviamente, no se trata de aplicar un convenio.

Tal vez una posición ecléctica sea la más aprovechable. En su virtud, serán las categorías jurídicas españolas las aplicables a los efectos de la calificación, pero las mismas deberán proyectarse en relación con un haz de derechos nacidos y ejercidos según lo previsto en las normas extranjeras.

A tal efecto, lo que debe dilucidarse, básicamente, es la causa de la retribución recibida, sin que la forma que revista el activo financiero concernido sea dirimente, ni tampoco, como se ha indicado, a efectos de la calificación, el tratamiento fiscal que reciba en sede de la entidad emisora. Si la causa es la propia del contrato de sociedad, esto es, si la sustancia patrimonial que se percibe deriva del lucro repartible en el sentido del artículo 1.665 del Código Civil, dicha retribución deberá calificarse como *dividendos o participaciones en beneficios*.

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

Con todo, habrá de hacerse una matización, en el sentido de calificar también como *dividendos o participaciones en beneficios* a los procedentes de activos financieros asimilables a los que, de acuerdo con el TRLSC, *son representativos del capital o los fondos propios*, aun cuando las retribuciones que otorguen no traigan su causa del contrato de sociedad. Por tanto, las retribuciones correspondientes a activos financieros asimilables a las acciones sin voto o rescatables, deberían ser calificadas como dividendos o participaciones en beneficios.

Sin embargo, la calificación de la renta como retribución derivada de la participación en fondos propios no determina necesariamente el derecho al disfrute de la exención pues, como más adelante se verá, si la retribución tiene la consideración de gasto fiscalmente deducible, no habrá lugar a la misma. Pero esa restricción opera en un estadio diferente al de la determinación de las rentas aptas para disfrutar de la exención, que es el que aquí nos ocupa.

2.1.1.4. *Dividendos que no constituyen ingresos*

¿Pueden disfrutar de exención aquellos dividendos que no están contabilizados como ingresos financieros porque *proceden inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición* de la participación, en los términos del Plan General de Contabilidad?

El último inciso del artículo 22.2.1.º que, como sabemos, desvincula calificación de la renta de su *consideración contable*, podría sugerir una respuesta afirmativa, pero no sería acertada. En efecto, la exención versa sobre la renta, y un dividendo que no constituye ingreso no forma parte de la renta.

Cuando un dividendo que no constituye ingreso se contabiliza como tal, el valor de la inversión mengua, y con ocasión de la transmisión de la participación se pondrá de manifiesto. Este es el problema del «lavado del dividendo», comentado en un epígrafe precedente, y al que el apartado 7 del artículo 21 da certera solución, en la línea de la Ley 16/2013, ordenando aminorar la minusvalía habida en la transmisión en el importe de ese dividendo.

Pudiera acontecer que el efecto del «lavado de dividendo» no fuera una minusvalía sino una minoración de la plusvalía, pero como quiera que la misma está exenta, lo que acontecerá, simplemente, es que la exención versará sobre un importe menor.

Esta es la razón por la que las engorrosas reglas del antiguo artículo 30.4 del TRLIS, concernientes a los dividendos distribuidos con cargo a cuentas que reflejaban las aportaciones realizadas por los socios, no han sido recogidas por la Ley 27/2014.

Ciertamente, la inspección tributaria podrá negar la exención al dividendo que es recuperación de la inversión y, al tiempo, deberá aplicarlo a aminorar el valor de la inversión financiera, pero el efecto práctico de esta regularización será nulo.

EJEMPLO 3

- Valor de adquisición de la participación: 100; dividendo con cargo a reservas adquiridas: 8, contabiliza como ingreso; transmisión de la participación: 97.

.../...

.../...

- Alternativa considerando el dividendo como ingreso: dividendo exento: 8; renta negativa derivada de la transmisión: -3 (97 - 100); minoración de la renta negativa: 3.
- Total tributación: 0.
- Alternativa considerando el dividendo como recuperación del valor de la inversión: dividendo: 0; renta derivada de la transmisión de la participación 5 (100 - 8 + 97), exenta.
- Total tributación: 0.

2.1.2. Retribuciones de los préstamos participativos

La exención versa sobre la retribución de los préstamos participativos *otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio*.

Según el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, la característica esencial de los préstamos participativos es que el interés está determinado por una variable asociada a la actividad de la entidad prestataria, y el efecto que los singulariza es que constituyen patrimonio neto en relación con la determinación de las situaciones de reducción del capital y disolución de sociedades⁴.

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

⁴ Artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996.

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

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

Esta circunstancia determina que los intereses percibidos por entidades residentes en territorio español derivados de préstamos participativos otorgados en el seno de un grupo mercantil tendrán derecho a la exención, excepto si dichos intereses *generan un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora*.

La exención es la respuesta lógica al carácter fiscalmente no deducible de los intereses de préstamos participativos otorgados en el seno de un grupo mercantil, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 a). En efecto, mediante la exención, se evita la doble imposición. Al tiempo, mediante la negación de la exención en caso de tener la consideración de gasto fiscalmente deducible, se evita la no imposición.

Las cuentas cuadran, ciertamente, pero también cuadraban mediante la deducción de los intereses en la entidad prestataria y la correlativa tributación en sede de la entidad prestamista. Sin embargo, la recalificación fiscal de los préstamos participativos no es inocua.

En efecto, las entidades filiales de grupos multinacionales residentes en territorio español encontrarán un obstáculo severo para tomar préstamos participativos intragrupo, porque en tal supuesto las cuentas ya no cuadran en la medida en que el país donde reside la entidad prestamista no conceda, como es previsible, la exención respecto de los intereses percibidos por las entidades prestamistas, mientras que España niega la deducción [art 15 a)]. Se crea así un supuesto de doble imposición para el que los convenios bilaterales para evitar la doble imposición carecen de respuesta.

La complejidad que ha introducido la recalificación de los préstamos participativos a los efectos de la exención de dividendos es notable, si bien ha de señalarse que, en la práctica, afectará a un reducido número de contribuyentes, los cuales, salvo casos contados, podrán reestructurar sus situaciones financieras virando hacia el óptimo fiscal. Bien se comprende que ese viaje financiero en pos de la mejor estación fiscal no se realiza en el tren de la neutralidad. Con todo, ello es el escenario común en un impuesto que, como el de Sociedades, trata de manera distinta al coste de uso de los capitales según el instrumento jurídico empleado para su captación.

2.1.3. Rentas derivadas de la transmisión de la participación

La exención se aplica a las rentas derivadas de la transmisión de la participación en una entidad. Todo tipo de transmisión es apta para habilitar la exención, cualquiera que sea la persona o entidad adquirente, su residencia o la naturaleza del negocio traslativo. Así, la compraventa, la permuta, la donación o la aportación, entre otros.

2.1.3.1. Fundamento de política fiscal

La extensión de la exención a las plusvalías relativas a la transmisión de la participación sobre entidades residentes en territorio español o plusvalías de fuente interna es, como se ha comentado anteriormente, la gran novedad del régimen de *exención para eliminar la doble impo-*

sición. Ya en su día, la exención de las plusvalías de cartera relativas a la participación sobre entidades residentes en el extranjero, mediante el Real Decreto-Ley 3/2000, fue un suceso relevante de la política fiscal. La exención de la plusvalía de cartera se justifica en la eliminación de la doble imposición económica. En efecto, se supone que la plusvalía es la representación actual de los beneficios acumulados y/o de los que en el futuro obtendrá la entidad participada. Desde esta perspectiva la exención no es sino una medida de técnica tributaria.

Bajo la consideración precedente, se tiende a presentar la plusvalía de cartera en paralelo con el dividendo, en relación con la eliminación de la doble imposición económica. Sin embargo hay diferencias notables. En el caso del dividendo, la sociedad pagadora sufre un gravamen sobre el beneficio del que procede el dividendo, de manera que el Impuesto sobre Sociedades opera a modo de impuesto antecedente respecto del impuesto que grava al socio. La capacidad económica del socio ha sido gravada por el Impuesto sobre Sociedades que afecta a la sociedad participada. Es claro que, al menos formalmente, si el dividendo se vuelve a gravar en sede del socio habrá doble imposición.

Nada de esto sucede respecto de la plusvalía de cartera, en la medida en que la misma no esté respaldada por beneficios acumulados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación. La capacidad económica del socio que transmite su participación no ha sido gravada por el Impuesto sobre Sociedades que afecta a la sociedad participada y, desde luego, la doble imposición no es actual sino potencial.

La exención del dividendo no entra en conflicto con el principio de capacidad económica, porque hay constancia de una tributación en sede de la sociedad pagadora, por más que esa tributación pueda ser muy liviana, e incluso simbólica. En la exención de la plusvalía no correspondida por beneficios acumulados, existe la previsión de que la sociedad participada soportará en el futuro la tributación inherente a los beneficios esperados, y se razona que el precio de venta de la participación habrá sido minorado en el valor actual de esa tributación. Ahora bien, cuando el precio de adquisición de la participación fue inferior al valor de las aportaciones recibidas por la sociedad, una parte de la plusvalía responde a esa diferencia y, consecuentemente, no existe doble imposición. A pesar de ello se aplica la exención, como también lo hacía el antiguo artículo 21 del TRLIS.

EJEMPLO 4

- Constitución de A con capital: 100; precio de adquisición: 80; precio de transmisión: 130.
- Plusvalía: 50 (130 – 80).
- Plusvalía respaldada por beneficios futuros: 30 (130 – 100).
- Plusvalía respaldada por aportaciones: 20 (100 – 80).

Véase, por tanto, que la adecuación del método de exención al objetivo de eliminación de la doble imposición económica, y por ende al principio de capacidad económica, es mucho más sólida en el campo de los dividendos que en el de las plusvalías de cartera.

2.1.3.2. Determinación del importe de la renta exenta

Ante la ausencia de reglas específicas, el importe de la renta exenta se debe calcular de acuerdo con las reglas contables. No obstante, cuando el valor fiscal y el valor contable difieran se tomará el valor fiscal.

El artículo 13.2 rechaza la deducción de las pérdidas por deterioro de *los valores representativos de la participación en el capital o los fondos propios de entidades*. Estas pérdidas, sin embargo, serán deducibles, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20, cuando los valores se transmitan. En tal caso, la exención debe proyectarse respecto de la renta que ha sido incluida en la base imponible.

EJEMPLO 5

- Valor de adquisición: 100; deterioro: 30; valor de transmisión: 90.
- La renta contable es -30 (periodo del deterioro) y 20 (periodo de la transmisión).
- La renta fiscal es 0 (periodo del deterioro) y -10 (-30 + 20) periodo de la transmisión. Por tanto, no procede la exención.

El artículo 11.10 difiere el cómputo de las rentas negativas derivadas de las transmisiones de *valores representativos de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades*, cuando el adquirente sea una entidad del mismo grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio al periodo impositivo en el que las mismas se transmitan a terceros, minoradas en el importe de las rentas positivas habidas en esta última transmisión.

EJEMPLO 6

- Valor de adquisición en A: 100; valor de transmisión a B: 70; valor de transmisión a terceros: 90. A y B forman parte del mismo grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

.../...

.../...

- La renta contable de A es -30 (periodo de la transmisión interna) y la de B, 20 (periodo de la transmisión a terceros).
- La renta fiscal de A es 0 (periodo de la transmisión interna) y -10 (periodo de la transmisión a terceros), y la de B, 0 (periodo de la transmisión a terceros), pues procede aplicar íntegramente la exención en B.

Nótese que el efecto práctico conjunto es idéntico al del caso precedente.

2.1.4. Renta derivada de operaciones societarias

El mismo régimen de las transmisiones se asigna a la renta positiva derivada de las operaciones societarias que seguidamente se citan.

2.1.4.1. Liquidación

En la liquidación, el socio recibe los bienes y derechos pertinentes para satisfacer su derecho a participar en el *patrimonio resultante de la liquidación*, de acuerdo con lo previsto en el artículo 93 del TRLSC. El socio obtiene una renta positiva cuando el valor de mercado de los bienes y derechos recibidos es superior al valor de adquisición de la participación.

En el momento de la liquidación la sociedad puede, o no, tener beneficios acumulados, y los bienes y derechos entregados pueden, o no, tener un valor de mercado superior a su valor contable. Solamente si concurren beneficios acumulados o exceso de valor de mercado sobre el valor contable, podrá existir doble imposición.

Sin embargo, la exención se aplica en todo caso. Por tanto, cuando ni existan beneficios acumulados ni el mencionado exceso, la exención no se justifica en la eliminación de la doble imposición.

EJEMPLO 7

- Constitución de A con capital: 100; beneficios acumulados: 8; precio de adquisición: 80.
- Plusvalía de liquidación: 28 (100 + 8 - 80).
- Renta que sufre doble imposición: 8.

.../...

.../...

- Plusvalía exenta: 28.
- Minusvalía transmisión precedente: $-20 (80 - 100)$.
- Puede apreciarse que existe un déficit de imposición de: $-12 (28 - 28 - 20 + 8)$.

Esta conclusión también sería válida si existieran plusvalías latentes en los activos adjudicados, en la medida en que, conjuntamente con los beneficios acumulados, no igualaran a la diferencia entre las aportaciones y el precio de adquisición de la participación.

EJEMPLO 8

- Constitución de A con capital: 100; beneficios acumulados: 8; precio de adquisición: 80; plusvalía latente en activos: 7.
- Plusvalía de liquidación: $35 (100 + 8 + 7 - 80)$.
- Renta que sufre doble imposición: $15 (8 + 7)$.
- Plusvalía exenta: 35.
- Minusvalía transmisión precedente: $-20 (80 - 100)$.

Puede apreciarse que existe un déficit de imposición de: $-5 (35 - 35 - 20 + 8 + 7)$.

Tal vez haya pesado aquí el mimetismo con la legislación precedente (antiguo art. 30.3 del TRLIS) o el uniformismo deseado respecto del régimen de la transmisión, a la búsqueda de la simplificación. Ahora bien, de una parte, la legislación precedente se cuidaba de establecer una correspondencia entre los *beneficios no distribuidos* y las *rentas computadas*, y de otra, en la transmisión de la participación la entidad continúa existiendo, lo que no es diferencia baladí, por cuanto los beneficios futuros son, como se ha indicado anteriormente, los que justifican la exención en cuanto técnica para eliminar la doble imposición.

2.1.4.2. Separación

De acuerdo con lo previsto en el artículo 356 del TRLSC, los socios afectados por la separación, o la exclusión, *tendrán derecho a obtener en el domicilio social el valor razonable de sus participaciones sociales o acciones en concepto de precio de las que la sociedad adquiere o de reembolso de las que se amortizan*.

La separación, desde el punto de vista económico, se asemeja a una liquidación parcial, pues la sociedad debe entregar parte de su patrimonio a los socios que se separan. Sin embargo, desde la perspectiva de calibrar la existencia, o no, de doble imposición, deben tomarse en consideración no solo los beneficios acumulados sino la previsión de beneficios futuros. Con todo no existirá doble imposición por la parte de renta positiva imputable a la adquisición de la participación por debajo del valor de las aportaciones recibidas por la sociedad.

EJEMPLO 9

- Constitución de A con capital: 100; beneficios acumulados: 8; plusvalía latente en activos: 7. Se separa un socio que adquirió el 20 % del capital por un importe de 16.
- Plusvalía de separación: $7 (100 + 8 + 7/20\% - 16)$.
- Renta que sufre doble imposición: $3 (8 + 7)/20\%$.
- Plusvalía exenta: 7.
- Minusvalía transmisión precedente: $-4 (16 - 20)$.

Puede apreciarse que existe un déficit de imposición de: $-1 (7 - 7 - 4 + 3)$.

2.1.4.3. Reducción de capital

De acuerdo con lo previsto en el artículo 317 del TRLSC, la reducción de capital puede tener por finalidad el restablecimiento del equilibrio entre el capital y el patrimonio neto de la sociedad disminuido por consecuencia de pérdidas, la constitución o el incremento de la reserva legal o de las reservas voluntarias o la devolución del valor de las aportaciones. En las sociedades anónimas, la reducción de capital puede tener también por finalidad la condonación de la obligación de realizar las aportaciones pendientes. Solamente en caso de devolución de aportaciones el socio recibe bienes y derechos, pudiendo la misma realizarse mediante la adquisición de participaciones o de acciones de la sociedad para su posterior amortización (art. 338 del TRLSC), con atribución, en su caso, de bonos de disfrute a los titulares de las acciones amortizadas (art. 341 del TRLSC).

La doctrina contable del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (ICAC) ha venido considerando la reducción de capital con devolución de aportaciones como un supuesto de desinversión, y ha identificado el coste de la participación aplicando a la inversión la misma proporción que represente la reducción de fondos propios respecto al valor teórico contable de las acciones antes de la reducción, corregido en el importe de las plusvalías tácitas existentes en el momento de la adquisición y que subsistan en dicho momento, de manera tal que la diferencia

entre el valor por el que se debe reconocer la participación en la sociedad beneficiaria y el valor en libros que se da de baja se contabilizará en una partida de reservas.

El artículo 17.6 establece que *en la reducción de capital con devolución de aportaciones se integrará en la base imponible de los socios el exceso del valor de mercado de los elementos recibidos sobre el valor fiscal de la participación.*

La regla fiscal supone que los bienes y derechos recibidos como consecuencia de la reducción de capital son recuperación del valor de la inversión, de manera tal que no existirá renta sino cuando el importe de aquellos supere al de esta última. Así pues, la regla fiscal puede diferir el cómputo de la renta inherente a la reducción del capital en relación con su reconocimiento contable, pero el efecto práctico es irrelevante, por cuanto dicha renta está exenta. Solamente si no lo estuviera por mediar alguna causa de exclusión de la exención o, simplemente, por no concurrir los requisitos legales, habría un cierto impacto temporal.

EJEMPLO 10

- Constitución de A con capital: 100; beneficios acumulados: 60; importe de la reducción: 30; valor de adquisición socio S1: 40 (40 %), S2: 5 (20 %), S3: 45 (40 %).
- El único socio que obtiene renta fiscal es S2: 1 (6 – 5). Esta renta está exenta.

Los otros dos socios aplican el importe recibido a reducir, a efectos fiscales, el valor de adquisición de la participación.

Al igual que se ha comentado en relación con el supuesto de liquidación, cuando la entidad participada carece de beneficios acumulados, la exención no se justifica en la eliminación de la doble imposición.

El artículo 17.6 extiende el régimen de la reducción de capital al caso de *distribución de la prima de emisión de acciones o participaciones*. El artículo 21, sin embargo, no menciona a las rentas derivadas del reparto de la prima de emisión entre aquellas que dan derecho a la exención, pero siendo su naturaleza análoga a la renta derivada de la reducción del capital, parece congruente postular la exención de aquellas.

2.1.4.4. Fusión y escisión total o parcial

De acuerdo con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 3/2009, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, *en virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscri-*

tas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.

El artículo 17.9 establece que los socios integrarán en su base imponible *la diferencia entre el valor de mercado de la participación recibida y el valor fiscal de la participación anulada, salvo que resulte de aplicación el régimen fiscal especial previsto en el capítulo VII del título VII de esta ley*, en cuyo caso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 81, esa diferencia no se integrará en la base imponible y la participación recibida toma el valor fiscal de la que se tenía en la entidad extinguida.

Por tanto, cuando la operación de fusión no está acogida al régimen fiscal especial, la exención versa sobre la renta determinada por *la diferencia entre el valor de mercado de la participación recibida y el valor fiscal de la participación anulada*, y cuando sí está acogida no habrá lugar a la exención porque no hay renta gravable, pues esta tan solo aparecerá cuando se transmita la participación, y será a esa renta a la que alcance la exención.

El efecto práctico de los dos regímenes es el mismo, siempre que en las dos transmisiones se mantenga el mismo signo de la renta obtenida. Por el contrario, no lo será cuando la renta obtenida cambia de signo.

EJEMPLO 11

- Fusión entre las sociedades Ay B; S1 es socio de A y recibe acciones de B, cuyo valor de mercado es 20, siendo el valor de adquisición de las entregadas 17; posteriormente la participación se transmite en 25 (1.ª hipótesis), 18 (2.ª hipótesis).
- Operación acogida al régimen especial.
 - Plusvalía de fusión: no hay; la participación recibida toma, a efectos fiscales, el valor de adquisición de la entregada.
 - Plusvalía de transmisión: 8 (25 – 17) (1.ª); 1 (18 – 17) (2.ª).
 - Plusvalía exenta: 8 (1.ª); 1 (2.ª).
- Operación de régimen general.
 - Plusvalía de fusión: 3 (20 – 17).
 - Plusvalía exenta: 3.
 - Plusvalía/minusvalía de transmisión: 5 (25 – 20) (1.ª); –2 (18 – 20) (2.ª).
 - Plusvalía exenta: 5 (1.ª); minusvalía computa: –2 (2.ª).

Puede apreciarse que cuando la renta obtenida no cambia de signo el efecto práctico de los dos regímenes es el mismo. Por el contrario, es distinto cuando la renta obtenida cambia de signo. Esta distorsión no es sino una manifestación particular del caso general. En efecto, cuando en el método de exención se computan las minusvalías, hay un efecto de desimposición en el conjunto del sistema, en la medida en que los precios de los activos financieros fluctúen. Este es, probablemente, uno de los mayores inconvenientes del método de exención.

La renta positiva que se exime toma como punto de referencia el valor de mercado de la participación recibida. La determinación del valor de mercado, en particular de instrumentos de patrimonio, es una operación compleja, sujeta a ciertos grados de discrecionalidad técnica, que podrían ser forzados a la búsqueda de una ventaja fiscal representada por un precio de mercado excesivo que, en potencia, alberga una futura minusvalía derivada de la transmisión de la participación adquirida.

Podría entenderse que ese riesgo queda conjurado, en el caso de acciones y participaciones recibidas como consecuencia de una fusión, porque existe un valor de mercado preciso e inequívoco, esto es, aquel en el que se fundamenta la ecuación de canje del artículo 25 de la Ley 3/2009 que, por otra parte, se determina en un contexto de contraposición de intereses. Sin embargo, no debería perderse de vista que esos intereses también quedarían salvaguardados en el marco de valoraciones optimistas referidas a las dos entidades intervinientes.

2.1.4.5. Aportación no dineraria

La doctrina contable considera que el tratamiento de la aportación no dineraria *debe ser análogo al que se da a las permutas de inmovilizado, lo que implica que cuando tenga carácter de permuta no comercial, situación que puede ser frecuente cuando la aportación supone obtener la práctica totalidad del capital de la sociedad, se reflejará la inversión de patrimonio al valor contable de la contraprestación entregada, sin que la operación produzca un resultado contable* [BOICAC 74, Consulta 6 (NFC030182)].

El artículo 17.4 ordena valorar la participación aportada por *el valor de mercado... salvo que resulte de aplicación el régimen previsto en el capítulo VII del título VII*, y el apartado 5 del mismo artículo considera renta gravable *la diferencia entre el valor de mercado de los elementos transmitidos y su valor fiscal*.

Así pues, donde contablemente, por regla general, no habrá un resultado, fiscalmente habrá una renta gravable, excepto si media la aplicación del régimen especial. Pues bien, esta renta estará, bajo el cumplimiento de los requisitos legales, exenta.

Cumpléndose los requisitos para que la renta derivada de la aportación se halle exenta, el régimen fiscal especial de las aportaciones no dinerarias del artículo 87 pierde, en relación con el Impuesto sobre Sociedades, todo sentido, pues ninguna ventaja procura diferir la tributación de una plusvalía exenta. Sin embargo, el régimen general puede provocar la distorsión descrita en el apartado precedente.

EJEMPLO 12

- Aportación de participación. Valor de adquisición: 100; valor de mercado: 120; posterior transmisión de la participación por 128 (1.ª hipótesis), 108 (2.ª hipótesis)
- Operación acogida al régimen especial.
 - Plusvalía de aportación no hay. La participación adquirida toma, a efectos fiscales, el valor de adquisición de la aportada.
 - Plusvalía de transmisión: 28 (128 – 100) (1.ª); 8 (108 – 100) (2.ª).
 - Plusvalía exenta: 28 (1.ª); 8 (2.ª).
- Operación de régimen general.
 - Plusvalía de aportación: 20 (120 – 100).
 - Plusvalía exenta: 20.
 - Plusvalía/minusvalía de transmisión: 8 (128 – 120) (1.ª); -12 (108 – 120) (2.ª).
 - Plusvalía exenta: 8 (1.ª); minusvalía computa: -12 (2.ª).

En fin, la exención de una renta que se determina por referencia al valor normal de mercado arroja los riesgos anteriormente expuestos en relación con la fusión, pero agravados en aquellas aportaciones en las que no hay conflicto de intereses.

2.1.4.6. Transmisión del derecho de suscripción preferente

El artículo 304 del TRLSC establece que *en los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea*. Este derecho tiene por objeto proteger el contenido de los derechos económicos de los socios sobre la sociedad.

Con ocasión de la transmisión del derecho de suscripción se puede derivar una renta para el socio, positiva o negativa que, de acuerdo con la regla 9.ª 2.5.2 del Plan General de Contabilidad, resulta de enfrentar el precio de la transmisión con el importe del coste de los derechos determinado *aplicando alguna fórmula valorativa de general aceptación*.

Esta renta no está entre las mencionadas en el artículo 21.3, pero estando exentos los dividendos y las rentas positivas de la transmisión de la participación carecería de sentido sostener

que no disfruta de exención. Por otra parte, la transmisión del derecho de suscripción depara la minoración del porcentaje de participación, así como la baja contable de la inversión financiera en el importe del coste del derecho, de manera tal que no existe inconveniente en asimilar esta renta a la derivada de la transmisión de la participación.

2.1.5. Rentas de participaciones preferentes

La disposición adicional primera de la Ley 10/2014 establece que *las participaciones preferentes se considerarán capital de nivel 1 adicional a los efectos previstos en el Reglamento (UE) 575/2013, de 26 de junio, siempre que cumplan con las condiciones establecidas en el capítulo 3 del título I de la parte segunda o en el capítulo 2 del título I de la parte décima de dicho reglamento.*

La calificación como *capital de nivel 1* no implica, desde luego, que estos valores sean *representativos del capital o de los fondos propios de entidades* en el sentido del artículo 21.1.1.º, por cuanto no conceden a sus tenedores derecho pleno sobre los beneficios generados y la cuota de liquidación de la entidad emisora, por más que su retribución guarde una cierta relación con dichos beneficios, de manera tal que estas rentas serán gasto fiscalmente deducible para la entidad pagadora e ingreso computable, sin derecho a exención, para la entidad preceptora.

Ese criterio, deducido del haz de derechos y obligaciones que, habitualmente, comportan las participaciones preferentes, está respaldado por lo previsto en las letras a) y b) del apartado 3 de la disposición adicional primera de la Ley 10/2014, a cuyo tenor la remuneración de las participaciones preferentes *tendrá la consideración de gasto deducible para la entidad emisora, y se calificarán como rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios de acuerdo con lo establecido en el artículo 25.2 de la Ley 35/2006*, respectivamente. Subyacía a ese régimen fiscal que las participaciones preferentes debían calificarse como pasivos financieros y no como instrumentos de patrimonio.

En la tramitación del proyecto de ley del Impuesto sobre Sociedades se ha producido una situación confusa. En efecto, la disposición derogatoria única derogaba las mencionadas letras a) y b), y en el artículo 15 a) de dicho proyecto, relativo a las retribuciones de los fondos propios, se decía que *las participaciones preferentes a que se refiere la disposición adicional primera de la Ley 10/2014... se regirán por lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 10 de esta ley*, de manera tal que se confiaba el régimen fiscal a la regulación contable.

No era una mala solución técnica, pues la regulación contable, atenta siempre al fondo antes que a la forma, hubiera procurado la misma calificación que la contenida implícitamente en la norma que se derogaba, esto es, pasivo financiero, y no instrumento de patrimonio o valor representativo de la participación en los fondos propios de entidades, al tiempo que se dejaba abierta la puerta para el caso, seguramente extravagante, de alguna emisión disclosa susceptible de ser calificada como fondo propio. Pero sí era una mala solución política, porque reabría las incerti-

dumbres que el legislador de la Ley 19/2013 supo acertadamente despejar mediante la incorporación a la Ley 13/1985, de una disposición adicional, cuyo contenido sustancial había recalado, finalmente, en la disposición adicional primera de la Ley 10/2014.

En la tramitación legislativa las dos menciones que el proyecto de ley del Impuesto sobre Sociedades dedicaba a las participaciones preferentes fueron enmendadas, de manera tal que ha desaparecido tanto el párrafo del artículo 15 a) como la derogación expresa de la disposición adicional primera de la Ley 10/2014.

Las aguas no se han salido de su cauce. Así, las rentas de las participaciones preferentes emitidas por las entidades de crédito en los términos previstos en la Ley 10/2014 determinan gastos fiscalmente deducibles para la entidad emisora e ingresos financieros no acogibles a la exención del artículo 21 para su perceptor.

Cuestión distinta es que, eventualmente, pueda haber alguna emisión singular que sí merezca la calificación de fondos propios según las normas contables, lo que solo se presentará, previsiblemente de manera episódica, en relación con operaciones financieras realizadas en el seno de un mismo grupo mercantil no sujeto a las normas financieras prudenciales. En tal caso el artículo 15 a) rechazará la deducción en sede del emisor y el artículo 21.2.1.º concederá la exención en sede del perceptor.

2.1.6. Permutas

En las permutas no comerciales los elementos recibidos toman el valor de los entregados, de manera que no existe renta contable, de acuerdo con lo previsto en el Plan General de Contabilidad. Por el contrario, el artículo 17.4 e) ordena valorar por el valor normal de mercado a los elementos adquiridos por permuta, y el artículo 17.5 precisa que *las entidades integrarán en la base imponible la diferencia entre el valor de mercado de los elementos adquiridos y el valor fiscal de los entregados*.

Siendo indiscutible que la permuta es una modalidad de transmisión, la exención también se aplicará respecto de las rentas positivas que se pongan de manifiesto con ocasión de aquellas permutas que versen sobre una participación, y habrá dos exenciones cuando la permuta sea de participación contra participación.

Se reproducen aquí los riesgos, anteriormente esbozados, en relación con la determinación del valor de mercado, pero con mayor intensidad por cuanto concurren dos exenciones. En efecto, todo error al alza en la determinación del valor de mercado crea dos minusvalías potenciales, sin que incida, en absoluto, en el disfrute de las exenciones concurrentes. Nótese, por otra parte, que en este supuesto el exceso de valor sobre el mercado, en cuanto afecte por igual a las participaciones permutadas, no determina perjuicio para las entidades permutantes.

EJEMPLO 13

- Permuta de participación contra participación. Valores de adquisición respectivos: 100 y 84; valor de mercado: 108; posterior transmisión: 92.
- Plusvalía de permuta: 8 (108 – 100); 24 (108 – 84), ambas exentas.
- Minusvalías de transmisión: –16 (92 – 108), en las dos entidades.

2.2. RENTAS EXCLUIDAS DE LA EXENCIÓN

De entre las rentas por su naturaleza aptas para disfrutar de la exención, quedan excluidas las siguientes:

- Dividendos o participaciones en beneficios *cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en sede de la entidad pagadora* (art. 21.1).
- Rentas *distribuidas por el fondo de regulación de carácter público del mercado hipotecario* [art. 21.8 a)].
- Rentas obtenidas por *agrupaciones de interés económico españolas y europeas, cuando, al menos uno de sus socios, tenga la condición de persona física* [art. 21.8 b)].
- Rentas de fuente extranjera respecto de las cuales la entidad *opte por aplicar, si procede, la deducción establecida en los artículos 31 o 32 de esta ley* [art. 21.8 c)].
- Rentas relativas a entidades residentes *en un país o territorio calificado como paraíso fiscal*, excepto, bajo determinadas circunstancias, cuando se trate de un Estado miembro de la Unión Europea (art. 21.9).

Además, tampoco disfrutarán de exención, las rentas de aquella participación que no cumpla con los requisitos previstos en el apartado 1 del artículo 21, ni aquellas otras comprendidas en la disposición adicional primera, las cuales serán analizadas conjuntamente con los referidos requisitos.

2.2.1. Rentas que generan un gasto fiscalmente deducible

El penúltimo párrafo del artículo 21.1 niega la exención *respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora*.

Con esta norma se puede entender realizada la transposición al ordenamiento interno de la nueva letra a) del artículo 4.1 de la Directiva 2011/96/UE, a cuyo tenor los Estados miembros *se abstendrán de gravar tales beneficios en la medida en que los mismos no hayan sido deducibles por la entidad filial, y los gravarán en la medida en que hayan sido deducibles*⁵. Adicionalmente, se puede entender recogida la recomendación de la OCDE de incorporar una norma defensiva en relación con los denominados híbridos financieros, a cuyo tenor, si la jurisdicción fiscal de la entidad pagadora de la renta la considera fiscalmente deducible, la jurisdicción fiscal de la entidad preceptora de la renta la deberá considerar plenamente gravable⁶.

Las rentas excluidas son aquellas que, teniendo la consideración de dividendos o participaciones en beneficios de acuerdo con las normas mercantiles, determinan un gasto fiscalmente deducible. Las rentas que no tienen la consideración de dividendos o participaciones en beneficios están excluidas de la exención por su propia naturaleza.

La finalidad de la norma es evitar la no imposición que se produciría si un dividendo es admitido a la exención cuando la renta de la que deriva no ha sufrido tributación en sede de la entidad pagadora. En este sentido, las rentas rechazadas deberían ser todas las que no han soportado tributación en sede de la entidad pagadora, cualquiera que fuera la técnica impositiva determinante, esto es, no solo la consideración de gasto fiscalmente deducible, sino reducción de la base imponible, bonificación o cualquier otra de efecto equivalente, fundada en causa distinta que la de evitar la doble imposición, pero la literatura legal apunta exclusivamente al *gasto fiscalmente deducible*.

En un contexto internacional donde la cooperación va a la zaga de la competencia fiscal, era conveniente una redacción más ambiciosa.

El inverso de la norma negadora de la exención es que toda renta que no haya determinado un gasto fiscalmente deducible en sede de la entidad pagadora debería ser admitida a la exención. Esta interpretación no es correcta. En efecto, la renta convocada a la exención es el dividendo o la participación en beneficios, pero no la renta que no haya generado un gasto fiscalmente deducible. Por tanto, los intereses de un préstamo, exceptuados los de carácter participativo intragrupo, aun cuando no hayan sido fiscalmente deducibles, no están exentos.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que cuando las propias normas del Impuesto sobre Sociedades califican como dividendo o participación en beneficios lo que desde el punto de vista de la normativa mercantil de naturaleza contable es un interés, prevalece la calificación fiscal, a los efectos de aplicar la exención. En estos casos se está, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, ante un dividendo o participación en beneficios, con todas sus consecuencias.

La norma negadora de la exención operará, básicamente, en el contexto de las relaciones financieras transfronterizas, pues en el ámbito interno ningún dividendo o participación en bene-

⁵ Traducción y composición del autor.

⁶ *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements. Case 1. Hybrid Financial Instrument*. OECD.

ficios tiene la consideración de gasto fiscalmente deducible. Ni tan siquiera aquellos que las normas mercantiles de naturaleza contable califican como intereses, cual puede ser el caso de ciertas acciones sin voto o rescatables.

La norma rechaza la exención de una renta cuya distribución haya generado un gasto fiscalmente deducible en sede de la *entidad pagadora*. La interposición de una entidad entre la realmente pagadora y la perceptora final no debería preterir la aplicación de la norma. La entidad pagadora no sería, por tanto, la que materialmente realiza el pago cuando su función es puramente intermediaria, sino que lo sería la entidad en la que se origina la renta pagada.

Cuando la entidad pagadora del dividendo está dedicada a la tenencia de activos financieros representativos de endeudamiento, nutre sus ingresos de intereses, de manera tal que el dividendo que distribuye procede de intereses, los cuales generalmente habrán sido gasto fiscalmente deducible en sede de las entidades prestatarias. Esta situación es distinta de la precedente. Aquí no hay interposición, si bien no será siempre fácil distinguir entre la situación de interposición con finalidad fiscal y la situación de actividad de tenencia de activos financieros. La entidad pagadora de la renta, por otra parte, tributará sobre sus beneficios, y la exención cumplirá su papel de eliminar la doble imposición económica.

Sin embargo, si la entidad pagadora tributa livianamente, sea porque lo hace a un tipo nominal de gravamen del 10% o ligeramente superior, o porque haciéndolo a un tipo superior disfruta de algún privilegio fiscal bajo la forma de *exención, bonificación, reducción o deducción*, el loable objetivo de repudiar la no imposición quedará frustrado. Nótese, para mayor desencanto, que esta situación solo es concebible cuando la entidad pagadora del dividendo no es residente en territorio español, pues las residentes tributarían plenamente. En cierto modo, la entidad pagadora no residente cumple, en el supuesto propuesto, una función muy próxima a la de una institución de inversión colectiva. Pues bien, el artículo 53 de la ley establece que los socios de las mismas no pueden *aplicar la exención prevista en el artículo 21 de esta ley*.

Obviamente esta norma no puede extenderse al caso que se comenta. Tan solo si se dieran los supuestos determinantes de la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional se enderezaría la no imposición.

EJEMPLO 14

La entidad A participa en el 100% sobre B, no residente, cuyo activo está compuesto por créditos a entidades del grupo no residentes que realizan actividades económicas: ingresos por intereses: 140, gastos por intereses: 60, resultado contable: 78, dividendo: 70. Tipo de gravamen nominal: 25%, bonificación: 80%.

.../...

.../...

Dividendo exento, a pesar de que la tributación efectiva es 5 %, por razón de la exención y de que los intereses fueron fiscalmente deducibles en las entidades pagadoras. No opera la transparencia fiscal internacional, por cuanto las entidades pagadoras de los intereses realizan actividades económicas y forman parte del grupo mercantil de la entidad perceptora.

Con todo, la nueva norma enderezará situaciones similares a la creada por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014 [rec. núm. 232/2011 (NFJ053848)], la cual admitió la exención de las rentas denominadas *juros* a pesar de que constaba en el expediente que habían tenido la consideración de gasto fiscalmente deducible por *cuanto tienen el mismo «leit motiv» que los dividendos, es decir, la existencia de beneficios y su distribución por acuerdo de la Junta de accionistas... su fuente es la existencia de una renta y su título imputativo es la participación del socio en el capital social...*

Cuestión distinta es que la norma pueda aplicarse en relación con el método de exención previsto en un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, a la cual no cabe dar una respuesta general sino incardinada en cada convenio, por más que sea pertinente intuir una respuesta positiva, habida cuenta que los convenios no amparan la no imposición.

2.2.2. Fondo de regulación del mercado hipotecario

Los fondos de regulación del mercado hipotecario están regulados en la Ley 2/1981, de regulación del mercado hipotecario. El artículo 30.4 c) del TRLIS excluía las rentas distribuidas por los mismos de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos, y el artículo 21.8 reproduce la exclusión.

2.2.3. Agrupaciones de interés económico españolas y europeas

Las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, así como las uniones temporales de empresas, tributan en régimen de transparencia fiscal *por la parte de base imponible imputable a los socios residentes en territorio español*.

Esa base imponible se determina de acuerdo con las normas generales, de manera tal que los dividendos y las plusvalías estarán exentos, bajo el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. No obstante, cuando al menos uno de sus socios tuviere *la condición de persona física*, no se aplica la exención.

Con esta drástica regla se trata de evitar que, por el conducto de la agrupación de interés económico o de la unión temporal, el socio persona física pueda disfrutar de una exención que,

caso de percibir directamente el dividendo o de realizar directamente la plusvalía, no le hubiera correspondido. Visto el interés que se protege, ha de concluirse que dicho socio, persona física, ha de residir en territorio español.

Tal vez la medida sea excesiva, pues la concurrencia de una participación mínima de una persona física implica la pérdida del régimen de exención para la agrupación o la unión temporal y, por ende, para los restantes socios, pues los mismos deben integrar en su base imponible la porción de base imponible que les corresponda por su participación en aquella.

Salvando esa excepción, el régimen de exención de dividendos y plusvalías se aplica tanto a la agrupación o unión temporal como a sus socios. No obstante, por lo que se refiere a estos últimos, los dividendos no se integran en su base imponible por virtud del régimen de transparencia fiscal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43.3.

¿Se aplica el régimen de exención en relación con la transmisión de la participación?

El sistema de eliminación de la doble imposición de plusvalías en el régimen de transparencia fiscal es, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43.4 aumentar el valor de adquisición de la participación *en el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, hubiesen sido imputados a los socios como rentas de sus participaciones en el periodo de tiempo comprendido entre su adquisición y transmisión.*

Podría sostenerse que ese aumento del valor de adquisición, denominado «valor de titularidad», es sustitutivo del régimen de exención. También podría sostenerse que ese aumento juega, simplemente, para determinar el importe de la plusvalía que, en todo caso, disfrutará de exención.

¿Cumple la agrupación de interés económico o la unión temporal el requisito de tributación mínima? En la medida en que dichas entidades están sujetas al Impuesto sobre Sociedades podría sostenerse la respuesta positiva, pero también la negativa, al menos en relación con la porción de base imponible imputada, por cuanto están exceptuadas de pagar la deuda tributaria.

En fin, la cuestión, sobre la que se abundará en sede del análisis del requisito de tributación mínima, no es baladí, por cuanto la interpretación favorable a la exención abre la puerta a la no imposición basada en el juego conjunto de la no tributación por la parte de base imponible imputada y la exención relativa a plusvalías que descontaron beneficios futuros, tal y como enseña la experiencia del antiguo régimen de transparencia fiscal interna.

2.2.4. Aplicación de métodos de imputación

Los artículos 31 y 32 regulan, respectivamente, la deducción para evitar la doble imposición internacional en relación con las retenciones soportadas por las rentas de fuente extranjera, y la deducción para evitar la doble imposición económica internacional en relación con los dividen-

dos y participaciones en beneficios. Las deducciones de los artículos 31 y 32 pueden acumularse, pero están sujetas al límite de la cuota íntegra que se derive de la renta extranjera.

Los artículos 21, 31 y 32 tienen el mismo objetivo, esto es, eliminar la doble imposición internacional, y confluyen respecto de los dividendos y participaciones en beneficios de fuente extranjera. Corresponde al contribuyente optar por el artículo 21, método de exención, o los artículos 31 y 32, método de imputación, en el bien entendido que deberán cumplirse los requisitos legalmente establecidos.

La opción versa sobre las rentas de fuente extranjera susceptibles de acogerse a los dos regímenes, no sobre el activo financiero del que procede. Por tanto, las rentas de un mismo activo financiero, dividendos o participaciones en beneficios, podrán estar afectas al método de exención o al de imputación, incluso en un mismo periodo impositivo aunque, naturalmente, sin solaparse.

Los efectos prácticos del método de exención y el de imputación son idénticos cuando la imposición sufrida por la renta extranjera es igual o superior a la imposición en España. Cuando es inferior el método de exención depara una carga tributaria menor. Tal vez por ello la opción se regula a modo de causa de inaplicación del método de exención. En este sentido, la exención no se aplica a las rentas de fuente extranjera que la entidad integre en su base imponible y en relación con las cuales opte por aplicar, si procede, la deducción establecida en los artículos 31 o 32.

El método de imputación, a diferencia del método de exención, no establece el requisito de tributación mínima, ni rechaza las rentas procedentes de entidades residentes en paraísos fiscales, lo cual es congruente con su propia naturaleza, y de ahí que sea previsible su aplicación en esos escenarios.

2.2.5. Paraísos fiscales

El apartado 9 del artículo 21 establece que *en ningún caso se aplicará lo dispuesto en este artículo cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, excepto que resida en un Estado miembro de la Unión Europea y el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas.*

La noción de paraíso fiscal se halla en la disposición adicional primera de la Ley 36/2006, según redacción de la disposición final segunda de la Ley 26/2014. El informe de la Dirección General de Tributos de 23 de diciembre de 2014 (NFJ017188) explica que la lista de paraísos fiscales del Real Decreto 1080/1991, con las modificaciones introducidas por el Real Decreto 116/2013, continúa siendo válida, sin perjuicio de su actualización atendiendo a los criterios legalmente establecidos⁷.

⁷ a) La existencia con dicho país o territorio de un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o el Conve-

La característica de residente en paraíso fiscal se predica respecto de la entidad participada, no del origen de las rentas. Por tanto, una entidad residente en un paraíso fiscal que obtenga sus rentas de entidades plenamente operativas no residentes en paraísos fiscales frustra la aplicación de la exención. Lo inverso no es cierto, al menos según la literatura legal, esto es, las rentas procedentes de paraísos fiscales obtenidas por una entidad no residente en un paraíso fiscal, no frustra la aplicación de la exención.

El lógico rechazo de los paraísos fiscales tal vez hubiera debido llevar a excluir de la exención a las rentas derivadas de la participación sobre entidades no residentes en paraísos fiscales, pero cuyos ingresos proceden de entidades residentes en paraísos fiscales.

En el caso de que algún Estado miembro o territorio de la Unión Europea tuviere la consideración de paraíso fiscal, la exención se aplica siempre que *el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas*.

Nótese que las dos notas deben concurrir. La primera tiene un elevado componente subjetivo, no así la segunda, pues la realización de actividades económicas es un dato de la realidad, descrito por el artículo 5.1 como *la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno de ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios*, y acotado negativamente por el artículo 5.2 al atribuir a la *sociedad patrimonial* la característica de *que no realiza una actividad económica*, y definirla como *aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto a una actividad económica*.

Esta acotación negativa permite entender, en sentido inverso, que las entidades que desempeñan la función de *holding* realizan actividades económicas si poseen activos financieros de aquellos que no se consideran valores a efectos de la definición de sociedad patrimonial, esto es, básicamente aquellos que *otorguen, al menos, el 5% del capital de una entidad y se posean durante un plazo mínimo de un año, con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no sea a su vez patrimonial*.

En fin, la fórmula empleada para habilitar a las entidades residentes en paraísos fiscales de Estados miembros de la Unión Europea es la misma que las excluye de la transparencia fiscal internacional, pero ligeramente distinta de aquella que permite la exención en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes de los dividendos pagados a una entidad matriz europea cuyos derechos

nio de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y del Consejo de Europa enmendado por el Protocolo 2010, que resulte de aplicación. b) Que no exista un efectivo intercambio de información tributaria en los términos previstos por el apartado 4 de esta disposición adicional. c) Los resultados de las evaluaciones inter pares realizadas por el Foro Global de Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales.

políticos están, mayoritariamente, en manos de personas o entidades que no residen en Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, pues la misma apela a los *motivos económicos válidos y razones empresariales sustantivas*, en lugar de hacerlo a la realización de actividades económicas, de manera tal que está anclada en notas altamente subjetivas.