

EL RESULTADO FINANCIERO EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES. DIVIDENDOS Y PLUSVALÍAS DE CARTERA. REQUISITOS (II)

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas

EXTRACTO

En la primera parte del presente estudio se examinaron las rentas susceptibles de disfrutar del método de exención y aquellas otras que estaban excluidas. En esta segunda parte se abordan los requisitos para aplicar la exención.

La regulación de los requisitos adolece de una cierta complejidad. Esto se debe, principalmente, a que la norma se ha embarcado en una casuística notable, sin duda con el encomiable propósito de desalentar las maniobras tendentes a escapar de dichos requisitos y proporcionar la pertinente seguridad jurídica.

La ilustración de los comentarios de las normas correspondientes, con un conjunto de casos prácticos, se estima que ayudará notablemente a facilitar la comprensión de las mismas.

Palabras claves: Impuesto sobre Sociedades, Ley 27/2014, resultado financiero, dividendos y plusvalías de cartera y requisitos para la aplicación de la exención.

THE FINANCIAL RESULT FOR CORPORATE INCOME TAX PURPOSES. DIVIDENDS AND CAPITAL GAINS ARISING FROM THE SALE OF SHARES. REQUISITES (II)

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

In the first part of the present paper, we examined the revenues eligible for the exemption method, and those which were not. In this second stage, we tackle the required requisites to apply the referred exemption.

The requisites' regulations have a great complexity. This is due mainly to the fact that the provisions have embarked on a remarkable case study, without any doubt with the commendable purpose of deterring the operations tended to escape from the aforesaid requisites and to grant the relevant legal certainty.

The accompanying remarks about the statutory regulations, together with several case studies, are aimed at improving the better comprehension of themselves.

Keywords: Corporate Income Tax Law, Law 27/2014, financial result, dividends and capitals gains from the sale of shares and requisites for the application of the exemption.

Sumario

1. Requisitos para disfrutar del régimen de exención
 - 1.1. Requisito de participación significativa mantenida establemente
 - 1.1.1. Dividendos y participaciones en beneficios
 - 1.1.2. Rentas positivas derivadas de la transmisión
 - 1.2. Requisito de tributación de la entidad participada
 - 1.2.1. Impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades
 - 1.2.2. La tributación nominal mínima
 - 1.2.3. Especialidades del requisito de tributación en las rentas derivadas de la transmisión
 - 1.3. Los requisitos y la normativa comunitaria
 - 1.3.1. La Directiva matriz-filial
 - 1.3.2. La Directiva de fusiones y operaciones asimiladas
 - 1.3.3. Libertades comunitarias
 - 1.3.4. Impacto de los requisitos en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes

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.

1. REQUISITOS PARA DISFRUTAR DEL RÉGIMEN DE EXENCIÓN

La exención se proyecta únicamente sobre las rentas procedentes de las denominadas por el preámbulo de la Ley 27/2014 *participaciones significativas* mantenidas con carácter estable, a condición de que las entidades participadas, cuando no son residentes en territorio español, hayan soportado un nivel nominal mínimo de tributación. Inversamente, las rentas derivadas de participaciones no significativas sufrirán doble imposición.

Ahora bien, calificándose legalmente como participaciones significativas, además de las que confieren un 5% sobre los fondos propios, aquellas cuyo valor de adquisición fuere superior a 20 millones de euros, la eliminación de la doble imposición económica queda, en términos cuantitativos absolutos, confinada al ámbito de los grandes patrimonios financieros, impresión esta que se refuerza si, además, se toma en consideración que, respecto de las personas físicas, la Ley 26/2014 ha suprimido la exención de los 1.500 primeros euros para los dividendos y participaciones en beneficios [antiguo art. 7 y) de la Ley 35/2006].

Así, las personas físicas titulares de grandes patrimonios financieros podrán cobijarlos en entidades jurídicas y disfrutar de la exención. Ciertamente, cuando estas entidades distribuyan los dividendos a sus socios, personas físicas, se devengará la tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pero no es difícil pronosticar que esa distribución será reducida, en términos relativos, en la generalidad de los casos. Se atisba, por tanto, un régimen fiscal de efectos prácticos similares al de los partícipes de las sociedades de inversión de capital variable.

Salvo error u omisión, no existen antecedentes en los países de nuestro entorno de un régimen de exención de dividendos y plusvalías de cartera en el Impuesto sobre Sociedades que adopte como requisito el valor de adquisición de la participación, si se exceptúa Francia que exime las plusvalías de cartera, pero no los dividendos, para valores de adquisición superiores a 22,8 millones de euros, a condición de que la participación permita ejercer control o influencia sobre la entidad participada¹.

Seguramente, la concesión de la exención de dividendos y plusvalías de cartera sobre la base del valor de adquisición de 20 millones de euros suscitará preocupaciones desde la perspectiva del principio de igualdad, máxime cuando la desaparición de la deducción parcial del artículo 31.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) provocará un efecto inmediato de doble imposición para participaciones cuyo valor de adquisición sea inferior a 20 millones de euros y que no otorguen un porcentaje de participación del 5%, y cuando, como se ha indicado, los dividendos percibidos por personas físicas se someten plenamente a doble imposición.

¹ *European Tax Handbook* (2014).

1. REQUISITOS PARA DISFRUTAR DEL RÉGIMEN DE EXENCIÓN

La exención se proyecta únicamente sobre las rentas procedentes de las denominadas por el preámbulo de la Ley 27/2014 *participaciones significativas* mantenidas con carácter estable, a condición de que las entidades participadas, cuando no son residentes en territorio español, hayan soportado un nivel nominal mínimo de tributación. Inversamente, las rentas derivadas de participaciones no significativas sufrirán doble imposición.

Ahora bien, calificándose legalmente como participaciones significativas, además de las que confieren un 5% sobre los fondos propios, aquellas cuyo valor de adquisición fuere superior a 20 millones de euros, la eliminación de la doble imposición económica queda, en términos cuantitativos absolutos, confinada al ámbito de los grandes patrimonios financieros, impresión esta que se refuerza si, además, se toma en consideración que, respecto de las personas físicas, la Ley 26/2014 ha suprimido la exención de los 1.500 primeros euros para los dividendos y participaciones en beneficios [antiguo art. 7 y) de la Ley 35/2006].

Así, las personas físicas titulares de grandes patrimonios financieros podrán cobijarlos en entidades jurídicas y disfrutar de la exención. Ciertamente, cuando estas entidades distribuyan los dividendos a sus socios, personas físicas, se devengará la tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pero no es difícil pronosticar que esa distribución será reducida, en términos relativos, en la generalidad de los casos. Se atisba, por tanto, un régimen fiscal de efectos prácticos similares al de los partícipes de las sociedades de inversión de capital variable.

Salvo error u omisión, no existen antecedentes en los países de nuestro entorno de un régimen de exención de dividendos y plusvalías de cartera en el Impuesto sobre Sociedades que adopte como requisito el valor de adquisición de la participación, si se exceptúa Francia que exime las plusvalías de cartera, pero no los dividendos, para valores de adquisición superiores a 22,8 millones de euros, a condición de que la participación permita ejercer control o influencia sobre la entidad participada¹.

Seguramente, la concesión de la exención de dividendos y plusvalías de cartera sobre la base del valor de adquisición de 20 millones de euros suscitará preocupaciones desde la perspectiva del principio de igualdad, máxime cuando la desaparición de la deducción parcial del artículo 31.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS) provocará un efecto inmediato de doble imposición para participaciones cuyo valor de adquisición sea inferior a 20 millones de euros y que no otorguen un porcentaje de participación del 5%, y cuando, como se ha indicado, los dividendos percibidos por personas físicas se someten plenamente a doble imposición.

¹ *European Tax Handbook* (2014).

Los dos requisitos aludidos se predicen respecto de todas las rentas susceptibles de acogerse a la exención. Es útil resaltar este aspecto, por cuanto tales requisitos están definidos en el apartado 1 del artículo 21, el cual comienza anunciando que *estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios*, lo que podría provocar la falsa impresión de que los requisitos versan exclusivamente sobre ese tipo de rentas, la cual se disipa cuando, respecto de las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, el apartado 3 de dicho precepto efectúa una remisión a los requisitos contenidos en el apartado 1, sin perjuicio de las matizaciones o especialidades contenidas en el propio apartado 3.

1.1. REQUISITO DE PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA MANTENIDA ESTABLEMENTE

El requisito de participación significativa está muy extendido, por más que su justificación técnica sea discutible.

En este sentido, un reciente informe de una comisión nombrada al efecto por la autoridad fiscal noruega² ha propuesto, en relación con el requisito de participación significativa, pura y simplemente, su eliminación. Inversamente, la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario ha propuesto que *debería transformarse la actual deducción en la cuota para evitar la doble imposición interna en una exención que solo se aplicaría cuando el porcentaje de participación fuese, al menos, del 5 por 100 armonizándose de esta forma con los regímenes vigentes –exención y deducción en la cuota– para evitar la doble imposición internacional*³.

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

Aun cuando el requisito de participación significativa es común para dividendos y plusvalías de cartera, es conveniente examinarlo separadamente para los dos tipos de renta.

1.1.1. Dividendos y participaciones en beneficios

De acuerdo con lo previsto en el artículo 21.1 a), la participación significativa se caracteriza porque *el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros*. Este requisito, tratándose de dividendos y participaciones en beneficios, debe cumplirse *de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea*

² Official Norwegian Report. *Capital Taxation in an International Economy* (2014).

³ Página 203.

exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo.

El carácter significativo de la participación es un rasgo tradicional de la legislación española relativa a la eliminación de la doble imposición de dividendos, pero carece de un fundamento técnico convincente, puesto que la doble imposición se produce cualquiera que sea el porcentaje de participación. El carácter estable también es un rasgo tradicional de la eliminación de la doble imposición económica, pero su fundamento técnico también es débil, por cuanto el dividendo, en todo caso, procede de un beneficio que ha tributado.

En aquellos diseños normativos que permiten la plena integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, el elemento temporal opone un cierto obstáculo al denominado lavado del dividendo (percepción de dividendo exento y generación de una renta negativa como consecuencia de la disminución de valor de la participación) pero cuando, como sucede en el diseño de la Ley 27/2014, el dividendo exento aminora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, el lavado no se presenta, amén del freno que supone la normativa contable, en cuanto a tenor de la misma el dividendo que se inscribe en la operación de lavado es de aquellos que debieran contabilizarse aminorando el valor de la inversión financiera.

Con todo, tanto el carácter significativo como estable de la participación responden, como se ha indicado, a la tradición legislativa española y, al tiempo, encajan dentro de las restricciones permitidas por la Directiva matriz-filial, si bien, como es sabido, el antiguo TRLIS concedía una deducción parcial para dividendos internos procedentes de participaciones no significativas y/o fugaces (art 30.1 TRLIS).

Para calcular el tiempo de tenencia de la participación deben acumularse los tiempos de posesión no interrumpida por parte de otra u otras entidades del grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. No se trata de que el tiempo de tenencia se mida tomando en consideración el grupo mercantil en su conjunto, sino de acumular tiempos pretéritos transcurridos en otra u otras entidades del grupo mercantil respecto de la participación de la que dimana el dividendo o la participación en beneficios, de manera tal que una participación significativa mantenida por más de un año por una entidad de grupo no habilita el cumplimiento del tiempo de tenencia a favor de otra u otras entidades del propio grupo que mantengan otras participaciones significativas de la misma naturaleza.

EJEMPLO 1

Grupo constituido por las entidades A, B, y C. A tiene una participación sobre D de 22 millones adquirida en 2012; B tiene una participación sobre D de 18 millones adquirida a A en febrero de 2015 y otra de 6 millones adquirida en marzo de 2014; C tiene una participación sobre D de 72 millones de euros adquirida en septiembre de 2014, de la que transmite 60 millones en agosto de 2015; D distribuye un dividendo en julio de 2015.

.../...

.../...

A cumple el requisito de mantenimiento; B también puesto que acumula en la adquisición de 18 millones el tiempo de A; C no cumple el requisito de mantenimiento.

El porcentaje de participación o el valor de adquisición deben cumplirse tomando en consideración exclusivamente las circunstancias de la participación de la entidad preceptora del dividendo o la participación en beneficios, de manera tal que carece de relevancia la participación que otra u otras entidades del grupo mercantil puedan tener sobre la entidad participada, a menos que den pie a la participación indirecta.

EJEMPLO 2

Grupo constituido por las entidades A, B, C; las tres entidades participan en la entidad D, en porcentajes y valor de adquisición de: 4 % y 21 millones (A); 0,8 % y 4 millones (B); 0,4 % y 2 millones (C).

Solamente cumple el requisito de participación significativa la mantenida por A. La agrupación de todas las participaciones en una sola entidad supondría el cumplimiento del requisito de participación significativa, plenamente.

1.1.1.1. *Cálculo de la participación indirecta*

El porcentaje del 5 % puede conformarse mediante la suma de un porcentaje de participación directo y otro indirecto.

EJEMPLO 3

A tiene una participación sobre B del 4 %, y una participación del 2 % sobre C, que tiene una participación del 70 % sobre B.

La participación, directa e indirecta, de A en B es: $4 \% + 1,4 \% (2 \%/70 \%) = 5,4 \%$.

Los tramos de la cadena de la participación indirecta no están limitados, de aquí que, en ciertos casos, la entidad que desee aplicar la exención pueda tener dificultades en la determinación del porcentaje de participación indirecta, máxime si alguno de los tramos no es suficiente para deparar una influencia significativa.

EJEMPLO 4

A tiene una participación sobre B del 4 %, y una participación del 3 % sobre C, que tiene una participación del 100 % sobre B. Tres días antes del vencimiento del plazo de tenencia del año C transmite el 70 % de la participación en B.

La participación directa e indirecta de A en B es: $4 \% + 0,9 \% (3 \% / 30 \%) = 4,9 \%$. Por tanto, no ha lugar a la exención.

El valor de adquisición no parece que permita una configuración directa e indirecta, aun cuando podría sostenerse lo contrario, tomando en consideración el resultado de multiplicar el porcentaje de participación sobre la entidad intermedia por el valor de adquisición de su participación en la entidad que distribuye el dividendo.

EJEMPLO 5

A tiene sobre B una participación cuyo valor de adquisición es 12 millones pero, a su vez, participa en el 20 % de C que tiene una participación de 70 millones sobre B, de manera que la participación de A en B es: 12 (directa) + 14 ($20 \% / 70$, indirecta) = 26 millones.

Con todo, esta interpretación debe ser contemplada con cautela.

1.1.1.2. Préstamos participativos

¿Está supeditada la exención de los intereses de los préstamos participativos intragrupo al requisito de participación significativa?

Al requisito del 5 % en *el capital o los fondos propios* parece que no, por cuanto ningún activo financiero representativo de un préstamo participativo da derecho a participar en los fondos

propios. La subordinación del interés, ya sea en su cuantía o en su percepción a la existencia de resultados positivos de la entidad prestataria no transforma al préstamo participativo en un componente de los fondos propios. Nótese que los fondos propios forman parte, junto a otras partidas, del patrimonio neto, de manera tal que no todas las partidas del patrimonio neto son fondos propios. Además, los préstamos participativos no forman parte, por esencia, del patrimonio neto, por más que tengan esa consideración a efectos de la determinación de las situaciones de reducción del capital y disolución.

Más dudoso es el requisito del *valor de adquisición de la participación*, por cuanto podría sostenerse que el préstamo participativo ha de tener un importe mínimo de 20 millones de euros. Nótese, sin embargo, que la palabra *participación* no es apropiada para referirse al activo financiero que deriva de un préstamo participativo.

1.1.1.3. *La general irrelevancia de la naturaleza de la renta subyacente*

La exención de los dividendos, no así la de las plusvalías, no está condicionada a la clase de actividad, composición del activo, lugar de realización de las inversiones o actividades, o naturaleza de las rentas obtenidas por la entidad participada.

La innovación normativa ha sido importante en relación con los dividendos de fuente extranjera, pues la exención de la que venían disfrutando desde el Real Decreto-Ley 3/2000 estaba supeditada a que las rentas de la entidad participada no fueran de aquellas *susceptibles de ser incluidas en la base imponible por aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional* (art. 21.1.1.º TRLIS). Por el contrario, en relación con los dividendos de fuente interna no hay innovación, ya que la naturaleza de la renta obtenida por la entidad participada residente siempre ha sido indiferente, incluso desde los pretéritos tiempos del TRLIS de 1967.

La política del legislador del año 2000, en relación con los dividendos de fuente extranjera, se caracterizaba, en líneas generales, por aplicar el método de exención a los procedentes de rentas empresariales, y el método de imputación a los procedentes de rentas pasivas o no empresariales. La del legislador del año 2014, siguiendo en este punto la recomendación de la Comisión de Expertos, se caracteriza por aplicar el método de exención cualquiera que sea la naturaleza de las rentas subyacentes.

Quienes, básicamente por motivos de la normativa comunitaria, postulen la igualdad plena entre los dividendos nacionales y los extranjeros, aplaudirán la decisión del legislador de 2014, pero no harán lo mismo quienes entiendan, de una parte, que la normativa comunitaria no obliga a la igualdad a ultranza, y de otra, que no es prudente aplicar la exención a dividendos que proceden de rentas pasivas, ya que pudiera fomentar la deslocalización de las mismas.

EJEMPLO 6

La entidad A participa en el 25 % sobre la entidad B, residente en país con convenio para evitar la doble imposición, cuyo beneficio proviene de inversiones en obligaciones emitidas por compañías cotizadas, que disfruta de un régimen fiscal privilegiado (bonificación sobre ingresos de obligaciones cotizadas), aun cuando no ha debido ser desmantelado por no incurrir en las características que lo califican como perjudicial según los criterios de la OCDE y del Código de Conducta.

En este supuesto, la exención provoca un caso muy similar a los calificados como deducción y no ingreso por el documento de híbridos de la OCDE⁴. En efecto, los intereses serán fiscalmente deducibles en sede de las entidades emisoras de las obligaciones, la entidad perceptora tributará simbólicamente sobre la renta inherente a los mismos y los dividendos distribuidos con cargo a la misma podrán disfrutar de exención. Los ejemplos podrían multiplicarse, atendiendo a la naturaleza de los activos (marcas, patentes, propiedad intelectual, arrendamientos no empresariales...). Nótese que buena parte de esas rentas podrán ampararse en los regímenes fiscales conocidos como *patent box*, consistentes en privilegiar fiscalmente la renta de activos intangibles relacionados con la propiedad industrial, intelectual, comercial y asimilados, pues las rentas pagadas serán gasto fiscalmente deducible en sede de la entidad que utiliza los activos, tributarán simbólicamente en la entidad perceptora, y los dividendos distribuidos con cargo a las mismas podrán disfrutar de exención.

⁴ *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements.*

1.1.1.4. La particular relevancia de la naturaleza de la renta subyacente

Sin embargo, a los efectos de aplicar el requisito de participación significativa, el párrafo tercero del artículo 21.1 a) de la LIS establece una norma especial, para el caso en que la entidad de la que procede el dividendo *obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades en más del 70 por ciento de sus ingresos*, a cuyo tenor el contribuyente deberá poseer, además de la participación significativa en la entidad que distribuye el dividendo, *una participación indirecta en esas entidades que cumpla los requisitos señalados en esta letra*. Las entidades aludidas son aquellas de las que proceden los ingresos financieros y beneficios extraordinarios mencionados.

1.1.1.4.1. La regla de composición relativa de ingresos

Esta regla especial, o regla de composición relativa de ingresos, opera a modo de requisito adicional que se exige para configurar la participación significativa. El supuesto de hecho consis-

te en que la entidad que distribuye el dividendo nutre sus ingresos de dividendos o plusvalías de cartera en una proporción elevada, 70%, y el mandato es que la exención sobre dicho dividendo no procederá a menos que concurra en la participación mantenida con carácter indirecto por la entidad perceptora del dividendo, el requisito de porcentaje de participación del 5% o, con ciertas dudas, del valor de adquisición de 20 millones de euros.

El supuesto de hecho responde a la relación existente entre las magnitudes descritas en la norma, cuya dimensión se advierte a través de su reflejo contable.

Como ingresos, en el denominador, habrá de tomarse la totalidad de los mismos, esto es, no solo el importe neto de la cifra de negocios, sino también los ingresos accesorios, las subvenciones y otros ingresos no recurrentes, así como la variación de existencias, y todos los de carácter financiero. En efecto, la norma se refiere a los *ingresos*, por tanto a todos los ingresos, y no solamente a la partida contable del *importe neto de la cifra de negocios*, o a los ingresos derivados de actividades económicas.

Como dividendos y participaciones en beneficios, y rentas derivadas de la transmisión de valores, en el numerador, habrá que tomar aquellas de esta naturaleza que se hayan contabilizado como partidas del resultado financiero.

La entidad concernida puede ser residente en el extranjero, de manera tal que sus estados financieros podrán responder a criterios contables distintos de los españoles, esto es, de los previstos en el Plan General de Contabilidad. En tal caso lo pertinente sería efectuar los ajustes de adecuación, por más que la norma no lo prevea, a los efectos de alcanzar la oportuna homogeneidad.

Una vez constatado que la relación precitada ha rebasado el umbral del 70%, cumple examinar si la entidad perceptora del dividendo tiene una participación indirecta como la establecida en el párrafo primero del propio artículo 21.1 a), siendo oportuno recordar que en dicho párrafo se contemplan dos modalidades de participación.

EJEMPLO 7

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 30 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 18 %, 60; intereses 40.

Relación dividendos/ingresos = $80 + 60/80 + 60 + 40 > 70\%$.

A participa indirectamente en el 6 % (20%/30 %) sobre C, y en el 3,6 % sobre D (20%/18 %), de manera que el requisito de participación indirecta del 5 % se cumple solo respecto de una

.../...

.../...

de las entidades participadas indirectamente. Por tanto, el dividendo que A perciba de B podrá disfrutar de exención, pero solo en la parte imputable al dividendo percibido por B de D. Más adelante se propone un ejemplo relativo a la determinación de la parte exenta.

Nótese que el requisito de participación indirecta está literalmente referido de manera indistinta al porcentaje o al valor de adquisición, por más que respecto de este último pueda surgir una duda fundada en relación con su capacidad lógica de adoptar una expresión indirecta.

EJEMPLO 8

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 30 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 18 %, 60, siendo el valor de adquisición de la participación 120; intereses 40.

Relación dividendos/ingresos = $80 + 60/80 + 60 + 40 > 70\%$.

A participa indirectamente en el 6 % (20%/30%) sobre C, y respecto de D tiene una participación cuyo valor de adquisición indirecto es 24 millones (120/20%). Por tanto, bajo esta interpretación amplia y, desde luego, sujeta a notable incertidumbre, de la participación indirecta, A tendría derecho a la exención respecto de la totalidad del dividendo percibido de B.

En fin, el caso precedente se resolvería en sentido adverso a la exención si la interpretación pertinente debiera ser que la participación indirecta solo cabe en términos porcentuales.

Las dos interpretaciones que se vienen barajando cuentan con apoyaturas. La de carácter amplio está respaldada por propia configuración alternativa del requisito definitorio de la participación significativa. La de carácter estricto, por la contextura lógica del carácter indirecto de la participación.

La entidad directamente participada puede, a su vez, ostentar participaciones indirectas. En tal caso, *la participación indirecta en filiales de segundo o ulterior nivel deberá respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento*. Por tanto, en tal supuesto, el contribuyente deberá poseer una participación indirecta configurada mediante la multiplicación de tantos de participación del 5%, siendo absolutamente irrelevante el valor de adquisición de las participaciones concernidas. No obstante, esta participación indirecta del 5% no se exige en relación con las filiales que formen

parte del mismo grupo de sociedades con la entidad directamente participada y formulen estados contables consolidados.

EJEMPLO 9

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 30 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 18 %, 60; intereses 40; C participa en el 50 % sobre E, y todos sus ingresos son los dividendos distribuidos por E.

Relación dividendos/ingresos = $80 + 60/80 + 60 + 40 > 70 \%$.

A participa indirectamente en el 6 % (20%/30 %) sobre C, en el 3,6 % sobre D (20%/18 %), y en el 3 % (20%/30%/50 %) sobre E. Por tanto, el dividendo que A perciba de B no podrá disfrutar en su totalidad de exención, por cuanto no se cumple la condición de *respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento*.

El requisito de participación indirecta puede cumplirse parcialmente, esto es, cumplirse respecto de unas entidades y no cumplirse respecto de otras. En tal caso, *la aplicación de la exención se referirá a aquella parte de los dividendos o participaciones en beneficios recibidos por el contribuyente respecto de entidades en las que se cumplan los citados requisitos*.

Esta regla, bien se comprende, está supeditada a que el umbral del 70 % deba operar. En tal caso, el dividendo percibido debe ser, a efectos de aplicar la exención, dividido en la forma descrita.

EJEMPLO 10

La entidad A participa en el 6 % en la entidad B, de la que percibe un dividendo de 10, y esta, a su vez, en el 90 % de C de la que percibe un dividendo de 28 y en el 30 % de D de la que percibe un dividendo de 22; también percibe 4 de intereses y 16 de rentas de actividades económicas.

Relación dividendos/ingresos: $28 + 22/28 + 22 + 4 + 16 > 70 \%$.

La participación indirecta sobre C es 5,4 (6%/90 %), y sobre D es 1,8 % (6%/30 %).

Parte del dividendo exenta: $10 \times (28 + 4 + 16/28 + 22 + 4 + 16) = 6,857$.

1.1.1.4.2. Incidencia de las relaciones de grupo mercantil

Bien se comprende que el contribuyente ha de contar con la colaboración activa de la entidad directamente participada para saber si concurren en su participación las circunstancias mencionadas, y esta, a su vez, deberá disponer de información hasta los niveles ulteriores. La tarea puede ser engorrosa, más todavía si el dividendo se distribuye con cargo a reservas, en cuyo caso es preciso identificar los beneficios de los que se nutrió la reserva, entendiéndose distribuida la reserva designada en el *acuerdo social*, considerándose, en su defecto, distribuidas *las últimas cantidades abonadas a dichas reservas*, si bien dos normas relativas a la existencia de un grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio están llamadas a aliviarla. Además, lo que podríamos denominar una cláusula de escape, basada en la prueba de la tributación de las entidades participadas concernidas, enerva la aplicación de la norma especial relativa a la composición de los ingresos.

Por la primera, cuando la entidad directamente participada sea dominante de un grupo mercantil y formule cuentas anuales consolidadas, el porcentaje de ingresos *se calculará sobre el resultado consolidado del ejercicio*. La literatura legal convoca a una relación ingresos por dividendos/resultado consolidado, pero una interpretación correctiva llevaría a relación ingresos por dividendos/ingresos consolidados, a los efectos de respetar la debida homogeneidad.

EJEMPLO 11

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 30 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 18 %, 60; intereses 40. B es entidad dominante de un grupo mercantil, siendo su resultado consolidado 190 y sus ingresos consolidados 320.

Relación dividendos/resultado consolidado = $80 + 60/190 > 70 \%$.

Relación dividendos/ingresos consolidados = $80 + 60/320 < 70 \%$.

Como se ha indicado, la lógica apunta hacia la segunda relación, pero la letra de la norma lo hace hacia la primera.

Por la segunda, el requisito de *respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento*, queda exceptuado cuando las entidades concernidas *reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades con la entidad directamente participada y formulen estados contables consolidados*. No es necesario que la entidad directamente participada sea la dominante del grupo mercantil, sino que basta con que forme parte del mismo.

EJEMPLO 12

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 60 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 52 %, 60; intereses 40; a su vez C y D obtienen todos sus ingresos de E, en la cual participan cada una de ellas al 50 %, y E percibe todos sus ingresos mediante dividendos de F, en la que participa en el 53 %. El resultado consolidado es 190 y los ingresos consolidados 192.

Relación dividendos/resultado consolidado = $80 + 60/190 > 70 \%$.

Relación dividendos/ingresos consolidados = $80 + 60/192 > 70 \%$.

El requisito de porcentaje mínimo del 5 % no se cumple, pero queda exceptuado por el hecho de que todas las entidades forman parte del mismo grupo que B.

1.1.1.4.3. La cláusula de escape

Además del alivio proporcionado por la incidencia de las relaciones de grupo mercantil, lo que podríamos denominar como «cláusula de escape», basada en la prueba de la tributación de las entidades participadas concernidas, excluye la aplicación de la norma especial relativa a la composición de los ingresos.

La cláusula de escape opera para enervar los efectos de la regla especial relativa a la composición de los ingresos de la entidad directamente participada. En efecto, la misma no resultará de aplicación *cuando el contribuyente acredite que los dividendos o participaciones en beneficios percibidos se han integrado en la base imponible de la entidad directa o indirectamente participada como dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades sin tener derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción por doble imposición.*

La cláusula de escape está construida bajo el entendimiento de que el dividendo percibido se ha nutrido de otro dividendo o plusvalía de cartera, ya sea obtenido por la entidad directamente participada o por otra indirectamente participada. Bajo ese entendimiento produce el efecto de inaplicación de la regla especial relativa a la composición de los ingresos, cuando concurre la prueba de la tributación de esos dividendos o plusvalías de cartera. La lógica que anima a la cláusula de escape es que la tributación del dividendo o la plusvalía de cartera en cuestión amerita que no opere la exclusión de la exención por causa de la regla especial relativa a la composición de los ingresos de la entidad directamente participada.

La cláusula de escape opera, consecuentemente, después de las dos reglas relativas a la incidencia de las relaciones de grupo mercantil.

Por tanto, cuando los dividendos proceden de una entidad en la que el peso de dividendos y plusvalías de cartera supera el 70%, y el perceptor de los mismos no posee una participación indirecta en las entidades de las que tales ingresos proceden que reúna las características del primer párrafo del artículo 21.1 a), ni medie la incidencia de las relaciones de grupo mercantil, se aplicará la exención bajo la prueba de integración en la base imponible de los dividendos o plusvalías de cartera y la no aplicación de un método para eliminar la doble imposición.

El supuesto de hecho de la cláusula de escape se compone de dos elementos, a saber, integración en la base imponible, y no disfrute de un método de eliminación de la doble imposición, cualquiera que sea su modalidad. Estos dos elementos pueden cumplirse tanto en la entidad directamente participada como en cualquiera de las indirectamente participadas, y van referidos tanto a las entidades residentes en territorio español como en el extranjero.

La integración en la base imponible implica que la renta en cuestión haya computado para determinar la base de cálculo del impuesto, aun cuando ello no implicase una tributación efectiva, sea por mediar la compensación de bases imponibles negativas o por la concurrencia de beneficios fiscales exorbitantes, o solamente supusiese una tributación efectiva ínfima motivada, entre otras técnicas, por un tipo de gravamen reducido o por bonificaciones. Habrá, ciertamente, supuestos de calificación dudosa, como pueden ser todos aquellos en los que haya habido integración de la renta en la base imponible, pero esta, en su conjunto, es objeto de una reducción, como puede ser el caso de constitución de reservas libres de impuestos o exenciones de carácter parcial.

El segundo elemento de la cláusula de escape concurre cuando, una vez integrada la renta afectada en la base imponible, dicha renta no ha motivado la aplicación de un método para eliminar la doble imposición. Se trata, pues, de un hecho negativo, consistente en la ausencia de exención o de deducción para eliminar la doble imposición, en relación con los dividendos o plusvalías de cartera.

La norma se refiere a *un régimen de exención o deducción*, sin especificar ninguna otra característica. Por tanto, la presencia de un régimen de exención parcial, por liviano que sea, frustrará la concurrencia del elemento negativo, como también lo hará un régimen de deducción en la base imponible, aun cuando sea parcial, y, por supuesto, un régimen de deducción en la cuota propio del método de imputación, aun cuando sea parcial. Sin embargo, la deducción en la cuota de una retención no lo hará, pues la doble imposición que se contempla es, inequívocamente, la económica.

EJEMPLO 13

La entidad A participa en el 6% en la entidad B, de la que percibe un dividendo de 10, y esta, a su vez, en el 90% de C de la que percibe un dividendo de 28 y en el 30% de D de la que percibe un dividendo de 22; también percibe 4 de intereses y 16 de rentas de actividades

.../...

.../...

económicas. Los dividendos percibidos de D se han integrado en la base imponible de B, sin disfrutar de un método para eliminar la doble imposición económica.

Relación dividendos/ingresos: $28 + 22/28 + 22 + 4 + 16 > 70\%$.

La participación indirecta sobre C es 5,4 (6%/90%) y sobre D es 1,8% (6%/30%).

Parte del dividendo que estaría exenta sin mediar la cláusula de escape: $10 \times (28 + 4 + 16/28 + 22 + 4 + 16) = 6,857$.

Al mediar cláusula de escape, debido a que el dividendo distribuido por D se ha integrado en la base imponible de B sin mediar un método para eliminar la doble imposición, la totalidad del dividendo está exento.

En el ejemplo propuesto, la tributación del dividendo se ha producido en sede de la entidad directamente participada, pero la cláusula de escape también permite que la tributación se produzca en sede de una entidad indirectamente participada, sin distinción de nivel.

EJEMPLO 14

La entidad A participa en el 6% en la entidad B, de la que percibe un dividendo de 10, y esta, a su vez, en el 90% de C de la que percibe un dividendo de 28 y en el 30% de D de la que percibe un dividendo de 22; también percibe 4 de intereses y 16 de rentas de actividades económicas. Los dividendos percibidos de D se han integrado en la base imponible de B, pero han disfrutado de un método para eliminar la doble imposición económica. No obstante, los dividendos percibidos de D proceden, a su vez, de dividendos percibidos por D de la entidad E, y se han integrado en la base imponible de D sin mediar un método para eliminar la doble imposición económica.

Relación dividendos/ingresos: $28 + 22/28 + 22 + 4 + 16 > 70\%$.

La participación indirecta sobre C es 5,4 (6%/90%) y sobre D es 1,8% (6%/30%).

Parte del dividendo que estaría exenta sin mediar la cláusula de escape: $10 \times (28 + 4 + 16/28 + 22 + 4 + 16) = 6,857$.

Al mediar cláusula de escape, debido a que el dividendo distribuido por D se ha integrado en la base imponible de E sin mediar un método para eliminar la doble imposición, la totalidad del dividendo está exento.

Es importante advertir de que la cláusula de escape no exige que el beneficio del que proviene el dividendo haya tributado. La cláusula de escape se fija en la tributación del dividendo, sea en sede de la entidad directamente participada o de alguna entidad indirectamente participada.

La tributación del beneficio del que procede el dividendo no es indiferente al método de exención, pero, como más adelante se verá, esta materia es objeto de la letra b) del artículo 21.1, y solo afecta a los dividendos procedentes de entidades no residentes en territorio español.

1.1.1.4.4. La lógica de la regla especial de composición de ingresos

Las reglas que han de aplicarse cuando los dividendos y plusvalías de cartera rebasan el 70 % de los ingresos de la entidad participada que distribuye el dividendo tienen por objeto evitar que, mediante la interposición de una entidad, el requisito de participación significativa quede burlado. Así, una participación que no cumpla el requisito de participación significativa (5 % o 20 millones) podría situarse en sede de una entidad intermedia sobre la que se participa en más del 5 %, a los solos efectos de disfrutar de la exención. Se objetará que con eso nada logra el contribuyente puesto que en la entidad intermedia no habría lugar a la exención, lo cual es cierto, pero también lo es que esa objeción no es predicable respecto de entidades residentes en el extranjero que disfruten de exención bajo un requisito de participación más liviano que el español, y también lo es que la entidad intermedia podría servir de aglutinante de varias participaciones para alcanzar el 5 % o los 20 millones de euros.

Bajo el TRLIS se realizaron algunas agrupaciones de esa guisa, básicamente en relación con participaciones sobre entidades cotizadas y de ahí, tal vez, la reacción del legislador de la Ley 27/2014.

Toda vez que es posible acceder a la exención con un valor de adquisición de 20 millones de euros, esas argucias de agrupación, si lo fueron, aunque concebibles, han perdido buena parte de su sentido práctico, y por lo que se refiere al flanco de la entidad instrumental intermedia extranjera en régimen de exención-participación benévolo, quedará superado y resuelto, en buena parte de los casos, a través del régimen de la transparencia fiscal internacional del artículo 100 de la Ley 27/2014.

Con todo, una vez que se decide aplicar la exención exclusivamente para las rentas derivadas de participaciones significativas, la regla especial de composición de ingresos no carece de fundamento lógico, en cuanto destinada a la protección de ese requisito de participación significativa. Cuestión distinta es que lo tenga que reservar la exención a ese tipo de participaciones. La tradición legislativa del Impuesto sobre Sociedades demuestra que la exención, al menos en sentido pleno, siempre se ha limitado a las participaciones significativas. Lo mismo acontece en relación con los convenios bilaterales que han establecido el método de exención, y con la Directiva matriz-filial.

La regla especial de composición de ingresos opera de manera radical. Cuando concurre el supuesto de hecho en que está basada, la exención se pierde totalmente. Unas décimas deci-

den el tránsito de la exención plena al gravamen total. Por esta razón, conviene tener muy en cuenta su impacto.

Así, es preferible mantener una posición inversora financiera individual directa cuando excede de 20 millones de euros, que hacerlo a través de una entidad dedicada a la gestión de inversiones financieras. En efecto, esta entidad podría determinar la aplicación de la regla especial de composición de ingresos.

EJEMPLO 15

La entidad A debe decidir si realiza una inversión directa de 25 millones en bolsa, o toma una participación del 10 %, por ese mismo importe, sobre una entidad que realiza inversiones directas en bolsa.

La opción fiscal más ventajosa es realizar la inversión directa, pues realizarla a través de la entidad intermedia acarrea la pérdida de la exención, habida cuenta de la composición de los ingresos de la misma.

La conclusión precedente también es válida si la inversión se realiza a través de una institución de inversión colectiva, pues los dividendos distribuidos por la misma, así como las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de la participación, no tienen derecho a la exención.

Por la misma razón, no es conveniente agrupar en una entidad las participaciones que un conjunto de entidades tiene sobre otra entidad, ya que esta última podría determinar la aplicación de la regla especial de composición de ingresos.

EJEMPLO 16

Las entidades A, B y C tienen participaciones en la entidad D por valor de 25, 30 y 35 millones de euros, siendo útil para su finalidad de influir en la gestión de la misma agruparlas en la entidad E, la cual pasaría a tener el 6 % de D.

La entidad D tendría una composición de ingresos que determinaría la pérdida de la exención para los dividendos que ella distribuyera.

Si la lógica de la regla de composición de los ingresos es evitar que el requisito de participación significativa pueda ser burlado, no se comprende bien la lógica de la cláusula de escape ¿Por qué la integración del dividendo o de la plusvalía de cartera en la base imponible ha de enervar la aplicación de una regla que no está dirigida a exigir una tributación de las entidades participadas sino a proteger la contextura significativa de la participación sobre ellas?

1.1.2. Rentas positivas derivadas de la transmisión

El requisito de participación significativa también debe cumplirse en relación con las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación. Como se ha indicado anteriormente, el apartado 3 del artículo 21 concede la exención respecto de las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, *cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo*.

Tratándose del dividendo o la participación en beneficios, las circunstancias determinantes del cumplimiento del requisito de participación significativa necesariamente van referidos a la participación poseída, pues no hay otra alternativa, pero tratándose de la renta positiva derivada de la transmisión de la participación podrían predicarse tanto de la participación transmitida como de la poseída antes de la transmisión.

La lógica de la participación significativa apunta a que aquellas circunstancias deban referirse a la participación poseída, no a la transmitida.

EJEMPLO 17

La entidad A adquirió en 2010 una participación del 2,3 % sobre la entidad B por 83 millones de euros. Transmisiones realizadas: 64 millones en 2015 y 19 millones en 2016.

Cumple el requisito la transmisión de 64 millones, pero no la de 19 millones.

Esta configuración del requisito de participación determina un tratamiento diferente según la cadencia de los actos de transmisión. En efecto, si se transmite la participación de una sola vez la exención será plena, pero si se hace en dos o más puede no serlo.

El requisito de participación significativa *deberá cumplirse el día en que se produzca la transmisión*. Por tanto, el tiempo de tenencia del año habrá que referirlo a ese día, sin que sea relevante el tiempo posterior, a diferencia de lo que acontece respecto de los dividendos o participaciones en beneficios.

EJEMPLO 18

La entidad A adquirió en marzo de 2015 una participación del 2,3 % sobre la entidad B por 83 millones de euros. Transmisiones realizadas: 61 millones en diciembre de 2015, 22 millones en septiembre de 2016.

Tiene derecho a exención la transmisión de 22 millones, pero no la de 61 millones, a pesar de que se ha poseído una participación de más de 20 millones durante más de un año.

Para calcular el tiempo de tenencia de la participación deben acumularse los tiempos de posesión no interrumpida realizada por otra u otras entidades del grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, en los términos expuestos respecto de los dividendos o participaciones en beneficios.

EJEMPLO 19

Grupo constituido por las entidades A, B y C. A tiene una participación sobre D de 22 millones adquirida en 2012; B tiene una participación sobre D de 18 millones adquirida a A en febrero de 2015 y de 6 millones adquirida en marzo de 2014, que transmite en abril de 2015; C tiene una participación sobre D de 72 millones de euros adquirida en septiembre de 2014, de la que transmite 60 millones en agosto de 2015.

La transmisión realizada por B cumple con el requisito de mantenimiento, por cuanto acumula el tiempo de tenencia consumido por A, y no lo cumple la realizada por C.

Pudiera acontecer que la participación transmitida lo fuese sobre una entidad en la que más del 70% de sus ingresos sean *dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades*.

Es dudoso que la regla de composición del ingreso se aplique respecto de las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación. La literatura legal podría amparar una interpretación afirmativa, pues la regla referida forma parte de la *letra a) del apartado 1*. Sin embargo, la textura de dicha regla podría llevar a una interpretación negativa. En efecto, no parece adecuada para ser aplicada respecto de rentas que no son pagadas por la entidad participada.

1.2. REQUISITO DE TRIBUTACIÓN DE LA ENTIDAD PARTICIPADA

De acuerdo con lo previsto en el artículo 21.1 b), cuando el dividendo procede de una entidad residente en el extranjero, la exención está supeditada a que *la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades, a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten.*

1.2.1. Impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades

El requisito de sujeción y no exención por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades es tradicional en la legislación española. Puesto que la exención trata de superar la doble imposición, esa sujeción y no exención es de todo punto lógica. En efecto, en otro caso no se presentaría el supuesto de doble imposición.

El requisito de tributación nominal mínima, por el contrario, es de nuevo cuño.

El tercer párrafo del artículo 21.1 b) establece que *se considerará cumplido este requisito cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información.*

Esta regla ya estaba presente en el antiguo artículo 21 del TRLIS si bien, naturalmente, referida al requisito previsto en aquella norma que, como se recordará, estaba constreñido a la sujeción y no exención a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades. Ahora, el requisito se ha enriquecido, ya que se le ha añadido que ese impuesto debe tener un tipo nominal de, al menos, el 10%, y ello plantea la duda de si la presencia del convenio cumple la función de otorgar la calificación de idéntico o análogo al impuesto de que se trate, o también la de dar por cumplido que el tipo nominal de gravamen no es inferior al 10%.

La literalidad de la regla apunta hacia la función más amplia, pues su mandato consiste en que *se considerará cumplido este requisito*, y el requisito es único, esto es, sujeción y no exención a un impuesto idéntico o análogo que tenga un tipo nominal de tributación no inferior al 10%. Esta interpretación, sin embargo, no es satisfactoria, pues depararía dar por cumplido el requisito ante la evidencia de una tributación nominal inferior al 10%.

Si es fácil advertir la lógica de la presencia del convenio a los efectos de calificar la concurrencia de la nota de impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades, pues no en vano el convenio contiene una relación de los impuestos respecto de los que se aplica, no lo es, inversamente, a los efectos de dar por cumplida la tributación nominal mínima, cuando la evidencia señala lo contrario. En suma, si el tipo de gravamen nominal es inferior al 10%, la existencia del convenio no debería validar el cumplimiento del requisito del artículo 21.1 b).

Cuestión distinta es que en el propio convenio se haya previsto la exención de los dividendos. En tal caso, habrá que atenerse a lo en él establecido.

El artículo 21.1 b) de la Ley 27/2014 también ha tomado del artículo 21 del TRLIS que se tendrán por impuestos idénticos o análogos al Impuesto sobre Sociedades, *aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la renta, los ingresos o cualquier elemento indiciario de aquella.*

Lo relevante es la finalidad del tributo, con independencia de la magnitud que se tome como base de cálculo de la cuota tributaria. Con esta fórmula amplísima se diluyen las controversias acerca de la naturaleza del impuesto concernido, al tiempo que se da cabida a impuestos alejados del patrón fundamental de la imposición sobre el beneficio. Pero esta relajación, en el contexto del método de exención, no es relevante, por cuanto, en definitiva, dicho método está diseñado para que la tributación que prevalezca sea la del país o territorio en el que reside la entidad participada. En la práctica, únicamente no superarán el dintel las entidades residentes en países o territorios en los que no esté implantada la imposición sobre el beneficio de las empresas, pero sí lo harán aquellas que lo hagan en países o territorios que dispongan de una imposición, incluso rudimentaria, que tome como referencia la realización de actividades económicas, siempre, eso sí, que el tipo de gravamen nominal sea, al menos, del 10%.

1.2.2. La tributación nominal mínima

Es novedosa la exigencia de un tipo de tributación nominal mínimo, no inferior al 10%.

Por tipo nominal parece que debe entenderse, por contraposición con el tipo efectivo de gravamen, el establecido por la norma que regule el impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades.

La Comisión de Expertos se alarmó ante la importante cuantía que la exención de dividendos de fuente extranjera suponía en relación con el resultado contable declarado, y tras un somero análisis de Derecho comparado, recomendó *establecer un nuevo requisito consistente en que la entidad participada soporte por el impuesto extranjero una tributación mínima del 10 por 100 sobre su beneficio.* No aludió, sin embargo, la Comisión de Expertos a la función de la tributación mínima como medio para expulsar de la exención a los dividendos procedentes de entidades que tributaron en régimen privilegiado, y que, en tal condición, podían ser un estímulo para la deslocalización de actividades o el desvío de rentas.

Ahora bien, el privilegio fiscal no pivota sobre el tipo nominal de gravamen sino sobre el efectivo, de manera tal que el requisito de tributación nominal mínima, tal y como está configurado en el artículo 21.1 b), carece de efectos prácticos en relación con la deslocalización de actividades o el desvío de rentas, más todavía cuando se cierra todo resquicio a una eventual interpretación incisiva de la Administración tributaria, pues el tipo nominal no inferior al 10% no podrá ser desconsiderado por causa de la concurrencia *de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción.*

Con todo, esta relajación no es contradictoria con el método de exención, a cuyo tenor se evita la doble imposición mediante una técnica que implica aceptar como definitiva la tributación del país o territorio donde tiene su residencia la entidad de la que procede el dividendo, igualándose, de esta manera, la tributación de las entidades que operan en el territorio de la misma jurisdicción fiscal, en servicio al principio económico de neutralidad en la importación de capitales.

Lo verdaderamente importante es si la exención se aplica universalmente o se excluyen los dividendos que no proceden de beneficios derivados de la realización de actividades económicas. El artículo 21 de TRLIS exigió el requisito de realización significativa de actividades económicas por parte de la entidad participada, pero el artículo 21 de la Ley 27/2014 no ha hecho lo propio, excepto cuando la renta repatriada adopta la forma de plusvalía, como se comentará más adelante. Esta es la diferencia importante. La exigencia de un tipo nominal de gravamen no inferior al 10% tiene, por el contrario, una importancia menor.

Ahora bien, la congruencia entre la exigencia de la tributación nominal mínima y la admisión como impuesto de naturaleza idéntica o análoga al que recae *sobre los ingresos o cualquier elemento indiciario de la renta* es dudosa. En efecto, un tipo de gravamen nominal no inferior al 10% cuando se toman los ingresos como base de cálculo de la cuota sería exorbitante.

No existe una regla que verse sobre el caso en el que la entidad participada ha cumplido el requisito de tributación mínima en unos ejercicios pero no en otros. En su ausencia, la regla lógica es establecer una correspondencia entre dividendo y ejercicio en el que se obtuvo el beneficio del cual procede dicho dividendo. A estos efectos, el último párrafo del artículo 21.1 establece que *en el caso de distribución de reservas se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social y, en su defecto, se considerarán aplicadas las últimas cantidades abonadas a dichas reservas*.

Si se reparten beneficios del ejercicio la correspondencia es inmediata, pero si se reparten reservas habrá que identificar el ejercicio del que proceden los beneficios que las nutrieron, a cuyo efecto se atenderá a la reserva designada en el acuerdo social de reparto del beneficio, la cual procederá de un determinado ejercicio o ejercicios, y en caso de no efectuarse dicha designación se entenderá que han sido distribuidas las últimas cantidades abonadas a reservas, las cuales igualmente procederán de los beneficios de unos determinados ejercicios. Identificados los ejercicios, quedan determinados los tipos nominales de gravamen.

EJEMPLO 20

La entidad A, residente en un país sin convenio, distribuye en 2016 un dividendo con cargo a reservas, por importe de 160, sin designación de reservas. La entidad fue adquirida en 2009, con unas reservas de 30 (2008), las cuales se incrementaron en 20 (2009), 40 (2010), -70 (2011), 60 (2012), 70 (2013), 18 (2014), -20 (2015). El tipo nominal de gravamen fue 8% hasta 2013, en el que se estableció el 12,5%.

.../...

.../...

Las reservas que se entienden distribuidas son: 18 (2014), 70 (2013), 60 (2012), 12 (2010). Se cumple el requisito de tributación mínima respecto de 88 (18 + 70), y no se cumple respecto de 72 (60 + 12).

Los dividendos que en lo sucesivo se distribuyan con cargo a beneficios del ejercicio sí cumplirán con el requisito de tributación mínima. Por el contrario, los que se repartan con cargo a reservas no lo cumplirán.

Cuando la entidad participada no residente obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propio de entidades, la aplicación de esta exención respecto de dichas rentas requerirá que el requisito previsto en esta letra se cumpla, al menos, en la entidad indirectamente participada.

La norma plantea varias cuestiones.

En primer lugar, si versa sobre el requisito de sujeción sin exención y tributación nominal mínima, o si lo hace exclusivamente sobre la tributación nominal mínima. Puesto que la norma se refiere expresamente al *requisito previsto en esta letra*, ha de entenderse que se proyecta tanto sobre la sujeción sin exención como sobre el tipo nominal de gravamen.

En segundo lugar, si el referido requisito ha de cumplirse en sede de las dos entidades, esto es, tanto en la directa como en la indirectamente participada, o bien basta con que se cumpla en una sola de ellas. La segunda interpretación es la más apropiada porque, además de caber perfectamente en la literalidad de la norma, es la que le confiere pleno sentido y eficacia práctica. En este sentido, cuando la entidad directamente participada sea de tipo *holding*, y por tal razón disfrute de exención o de un tipo nominal de gravamen inferior al 10 %, el requisito de la tributación mínima se puede cumplir en sede de las entidades directamente participadas por la misma.

EJEMPLO 21

La entidad A participa en la entidad B (no residente) y esta en la C (no residente); B está exenta del Impuesto sobre Sociedades por tratarse de una *holding*; C está sujeta al Impuesto sobre Sociedades al tipo nominal de gravamen del 12,5 %.

Se cumple el requisito.

No es claro si el cumplimiento del requisito de tributación nominal mínima puede cumplirse también en sede de las entidades participadas de ulterior nivel. Desde luego, materialmente, la tributación nominal mínima de ulterior nivel tiene el mismo significado que la habida en el nivel directo y en el inmediato indirecto. Sin embargo, los dividendos percibidos por la entidad directamente participada, que son, en definitiva, los que contribuyen a formar la renta de la que deriva el dividendo cuya exención se pretende proceden exclusivamente del primer nivel indirecto.

Pudiera acontecer que, no cumpliéndose en la entidad directamente participada el requisito del artículo 21.1 b), sí se cumpliera en alguna o algunas de las entidades participadas de las que aquella entidad ha percibido dividendos u obtenido rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, pero no en todas. En tal caso, *la aplicación de la exención se referirá a aquella parte de los dividendos o participaciones en beneficios recibidos por el contribuyente respecto de entidades en las que se cumplan los citados requisitos.*

EJEMPLO 22

La entidad A participa en la entidad B (no residente) y esta en la C (no residente) y en la D (no residente); B está exenta del Impuesto sobre Sociedades, por tratarse de una *holding*; C está sujeta al Impuesto sobre Sociedades al tipo nominal de gravamen del 12,5 %; D tributa al tipo nominal del 3 %; B obtuvo dividendos de C (20) y de D (40), e intereses (30), que determinaron un resultado de 80, que fue distribuido en su integridad.

El dividendo (80) estará parcialmente exento 17,7 ($80 \times 20/20 + 40 + 30$). B, al estar exenta, obstruye la exención, pero la tributación de B rehabilita parcialmente la misma.

Esta regla se aplica, indistintamente, respecto de los requisitos de las letras a) y b) del artículo 21.1. En relación con el requisito de la letra b) hay que tomar en consideración que su cumplimiento por parte de la entidad directamente participada es suficiente, de manera tal que su no cumplimiento por alguna o algunas de las entidades indirectamente participadas es irrelevante.

EJEMPLO 23

La entidad A participa en la entidad B (no residente) y esta en la C (no residente) y en la D (no residente); B está sujeta y no exenta del Impuesto sobre Sociedades, siendo 15 %

.../...

.../...

su tipo de gravamen; C está sujeta al Impuesto sobre Sociedades al tipo nominal de gravamen del 12,5 %; D tributa al tipo nominal del 3 %; B obtuvo dividendo de C (20) y de D (40), e intereses (30), que determinaron un resultado de 80, que fue distribuido en su integridad.

El dividendo estará exento en su totalidad, debido a la tributación de B.

1.2.3. Especialidades del requisito de tributación en las rentas derivadas de la transmisión

Tratándose de rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, el requisito de la letra b) del artículo 21.1 deberá cumplirse *en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación*, a diferencia de lo que acontece en el caso de los dividendos y participaciones en beneficios, donde el requisito ha de cumplirse respecto del ejercicio de cuyo beneficio procede dicho dividendo o participación en beneficios y, a diferencia también del requisito previsto en la letra a) del artículo 21.1, el cual, como se expuso, debe cumplirse en el día en que se produzca la transmisión de la participación.

Sin embargo, el efecto del incumplimiento del requisito así definido no es necesariamente la pérdida de la exención, pues *en el caso de que el requisito previsto en la letra b) del apartado 1 no se cumpliera en alguno o algunos de los ejercicios de tenencia de la participación*, pero sí en otro u otros, la exención procederá en la parte que sea imputable a estos últimos, de acuerdo con las siguientes reglas:

- La renta positiva se divide en dos partes, a saber, aquella que se corresponde con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, y el resto, la cual se entiende obtenida linealmente.
- Las dos partes tienen derecho a la exención, pero solo en relación con la fracción de las mismas imputables a ejercicios en los que se cumple el requisito.

La norma no precisa los criterios que deben seguirse para establecer la imputación de la renta positiva a los ejercicios. Estos, por evidentes, son innecesarios en relación con la parte de renta positiva correspondiente a los beneficios acumulados, pero no así respecto de la otra parte de la renta positiva, limitándose la norma a indicar que *se entenderá generada de forma lineal*; expresión esta que puede amparar varias soluciones, de entre las cuales, parece que la más correcta es la que descansa en la proporción entre los beneficios acumulados relativos a los ejercicios en los

que se cumplió el requisito y los beneficios acumulados totales, en el bien entendido que siempre está abierta la salvedad de *prueba en contrario*.

EJEMPLO 24

Participación en B (100 %), adquirida en 2015 y transmitida en 2019; renta positiva 100; beneficios acumulados: 10 (2015), 12 (2016), 18 (2017), 20 (2018); se cumplió el requisito de tributación en 2017 y 2018.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 60 (10 + 12 + 18 + 20). Parte exenta: 38 (18 + 20).

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 40 (100 - 60). Parte exenta: 25,332 [40 × (18 + 20/10 + 12 + 18 + 20)].

Total renta positiva exenta: 63,332 (38 + 25,332).

Se observará en el ejemplo precedente que el ejercicio de determinación de la renta positiva exenta implica dos operaciones, a saber, la división de la renta en dos partes, y la correspondencia de la renta con los ejercicios, y que las dos operaciones dependen de los beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación.

Cuando la entidad participada, a su vez, tuviere participación en otra u otras entidades, y aconteciere que en unas se cumpliera el requisito de tributación y en otras no, la exención, igualmente, se aplicará parcialmente. A tal efecto ha de dividirse la renta positiva en dos partes, a saber, la que se corresponda con un *incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por las entidades indirectamente participadas durante el tiempo de tenencia de la participación*, y la parte restante. Las dos partes tienen derecho a la exención, pero solamente en la medida en que se corresponda con beneficios respecto de los que se cumpla el requisito de tributación.

Para establecer esta correspondencia ha de hacerse un ejercicio similar al anteriormente descrito para el caso en que el requisito de tributación se cumpliera en unos ejercicios y no en otros. Ahora el caso es el de cumplimiento del requisito de tributación en unas entidades sí y en otras no, en sede de las entidades participadas por la entidad cuya participación se transmite, pero el problema a resolver es el mismo, esto es, establecer una correspondencia entre la renta positiva y el cumplimiento del requisito de tributación. A estos efectos, la renta positiva se dividirá en dos partes, a saber, la que *se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por las entidades indirectamente participadas durante el tiempo de*

tenencia de la participación y la que no se corresponda, proyectándose la exención respecto de la renta imputable a las entidades que cumplieron con el requisito de tributación mínima.

EJEMPLO 25

La entidad A participaba en H (100 %), adquirida en 2013 y transmitida en 2019, renta positiva 100; H, a su vez, participa desde 2014 sobre B (100 %), beneficios acumulados 60, cumplen el requisito de tributación. H también participa desde 2014 en C (100 %), beneficios acumulados 8; C tributa al 7 %. H no alberga beneficios acumulados.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 68 (60 + 8).
Parte exenta: 60.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 32 (100 – 68). Parte exenta: 28,16 ($32 \times (60/60 + 8)$).

La norma indica que la partición de la renta positiva entre exenta y no exenta ha de hacerse, en su caso, cuando la entidad participada *a su vez, participara en dos o más entidades*, pero la lógica de esa operación también concurre cuando aquella entidad participara en una sola entidad, puesto que basta una sola para que se presente el caso de cumplimiento parcial del requisito de tributación.

EJEMPLO 26

La entidad A participaba en H (100 %), adquirida en 2013 y transmitida en 2019, renta positiva 100, beneficios acumulados 60, cumplen el requisito de tributación. H participa desde 2014 en B (100 %), beneficios acumulados 8; B tributa al 7 %.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 68 (60 + 8).
Parte exenta: 60.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 32 (100 – 68). Parte exenta: 28,16 [$32 \times (60/60 + 8)$].

En los dos ejemplos anteriores, por comodidad, se ha supuesto que la participación era del 100 %. Para participaciones inferiores bastará con tomar los beneficios acumulados correspondientes al porcentaje de participación.

EJEMPLO 27

La entidad A participaba en H (80 %), adquirida en 2013 y transmitida en 2019, renta positiva 72, beneficios acumulados 60, cumplen el requisito de tributación. H participa desde 2014 en B (50 %), beneficios acumulados 8; B tributa al 7 %.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $68 (60 \times 0,8 + 8 \times 0,8 \times 0,5)$. Parte exenta: 48.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $20,8 (72 - (60 \times 0,8 + 8 \times 0,8 \times 0,5))$. Parte exenta: $19,53 [20,8 \times (60 \times 0,8/60 \times 0,8 + 8 \times 0,8 \times 0,5)]$.

En fin, también puede presentarse el caso en el que el requisito de tributación se cumpla en algunos ejercicios pero no en todos, y en algunas entidades participadas por la participada, pero no en todas. En tal caso, deben aplicarse de manera conjunta los criterios precedentes.

EJEMPLO 28

La entidad A participaba en H (100 %), adquirida en 2015 y transmitida en 2019, renta positiva 100; H, a su vez, participa desde 2014 sobre B (100 %), beneficios acumulados: 10 (2015), 12 (2016), 18 (2017), 20 (2018); se cumplió el requisito de tributación en 2017 y 2018. H también participa desde 2014 en C (100 %), la cual ha obtenido los siguientes beneficios acumulados: 2 (2015), 1 (2016), 3 (2017), 4 (2018); el requisito de tributación se cumplió en 2015 y 2016. H no alberga beneficios acumulados.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $70 [(10 + 12 + 18 + 20) + (2 + 1 + 3 + 4)]$. Parte exenta: $41 [(18 + 20) + (2 + 1)]$.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $30 (100 - 70)$. Parte exenta: $17,55 [30 \times (18 + 20 + 2 + 1/10 + 12 + 18 + 20 + 2 + 1 + 3 + 4)]$.

1.3. LOS REQUISITOS Y LA NORMATIVA COMUNITARIA

1.3.1. La Directiva matriz-filial

El artículo 3 de la Directiva 2011/96/UE establece que *la calidad de sociedad matriz se reconocerá por lo menos a una sociedad de un Estado miembro que cumpla las condiciones enun-*

ciadas en el artículo 2 y que posea en el capital de una sociedad de otro Estado miembro, que cumpla las mismas condiciones, una participación mínima del 10%. El artículo 2 aludido establece que la entidad participada debe estar sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a uno de los impuestos enumerados en la parte B del anexo I o a cualquier otro impuesto que sustituyere a uno de dichos impuestos.

El requisito de participación del 5%, mantenida durante un año del artículo 21 de la Ley 27/2014, cumple con los requerimientos de la norma comunitaria. También los cumple el requisito de valor de adquisición de 20 millones.

La norma comunitaria no establece una regla semejante a la relativa a la composición de los ingresos de la entidad participada, ni prevé la aplicación parcial de la exención. Ahora bien, la regla de la composición de los ingresos puede ser entendida como destinada a la protección del correcto cumplimiento del requisito de participación del 5%, y la aplicación parcial como una consecuencia inherente al cumplimiento parcial del requisito de participación.

El artículo 21 de la Ley 27/2014, al igual que la Directiva matriz-filial, no contiene requisito alguno concerniente a la naturaleza de la renta o de las actividades ejecutadas por la entidad participada. A diferencia del artículo 21 del TRLIS.

La Directiva matriz-filial exige la sujeción y no exención a alguno de los impuestos sobre los beneficios vigentes en los Estados miembros de la Unión Europea, pero no un tipo de gravamen nominal mínimo. En este punto, el artículo 21 de la Ley 27/2014 sí se aparta de la Directiva matriz-filial, incluso si, eventualmente, no existiera ningún tipo nominal de gravamen inferior al 10% en el contexto de la Unión Europea.

No se sigue de ahí que el legislador español haya fallado en el debido respecto a la Directiva matriz-filial, por cuanto en la misma también se prevé la validez del método de imputación, el cual se halla recogido en el artículo 32 de la Ley 27/2014. Sin embargo, la forma en como se determina en el apartado 3 de dicho artículo el campo de los impuestos subyacentes en el caso de participaciones en cadena es más restrictiva que la forma en como lo hace la Directiva matriz-filial.

En efecto, el artículo 4.1 b) de la Directiva matriz-filial considera impuesto subyacente sobre el beneficio imputable al *abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel, sujeto a la condición de que cada una de las filiales y la filial de ulterior nivel siguiente pueda encuadrarse en las definiciones establecidas en el artículo 2 y cumplan los requisitos previstos en el artículo 3, hasta la cuantía máxima del impuesto adeudado*, en tanto que el artículo 32.3 de la Ley 27/2014, no obstante también extender el campo del impuesto subyacente al abonado por las entidades filiales de ulterior nivel exige que sobre las mismas la entidad perceptora del dividendo ostente una *participación indirecta...*, al menos, *del 5 por ciento ...*, de manera tal que, de acuerdo con el citado artículo 32.3, quedarían excluidos los impuestos abonados por entidades filiales de ulterior nivel no cubiertas por una participación indirecta del 5% mantenida por la entidad perceptora del dividendo cuando, de acuerdo con el artículo 4.1 b) de la Directiva matriz-filial, serían computados.

La leve discrepancia advertida entre la Directiva matriz-filial y la legislación española, relativa a la eliminación de la doble imposición económica, tiene su origen en que el método de exención del artículo 21 de la Ley 27/2014 no se aplica cuando la entidad que distribuye el dividendo ha tributado por un tipo nominal de gravamen inferior al 10%, y se consume cuando el método de imputación del artículo 32 de la Ley 27/2014 no permite la deducción del impuesto subyacente abonado por alguna o algunas de las entidades de ulterior nivel, de manera tal que dicha discrepancia tendrá escasa trascendencia práctica.

1.3.2. La Directiva de fusiones y operaciones asimiladas

El artículo 7 de la Directiva 90/434/CE estableció que *cuando la sociedad beneficiaria posea una participación en el capital de la sociedad transmitente, no podrá aplicarse ningún gravamen sobre la plusvalía obtenida por la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación*, si bien la aplicación de esta exención podía condicionarse a la tenencia de un porcentaje de participación mínimo que, tras las modificaciones introducidas por la Directiva 2005/19/CE, quedó establecido en el 10%.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2014, el artículo 89.1 del TRLIS recogía la norma comunitaria indicando que *cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente en, al menos, un 5%, no se integrará en la base imponible de aquella la renta positiva derivada de la anulación de la participación, siempre que se corresponda con reservas de la entidad transmitente ni la renta negativa que se ponga de manifiesto por la misma causa*.

Aun cuando el artículo 7 de la Directiva 90/434/CE no se refería a la correspondencia de la renta positiva con las reservas, la misma era de todo punto lógica pues, en su ausencia, no habría doble imposición que corregir, siendo así que, precisamente, esa corrección de la doble imposición era el fundamento de la norma comunitaria.

El artículo 82 de la Ley 27/2014 ha preferido reproducir el literal del artículo 7 de la Directiva 90/434/CE, estableciendo que *cuando la entidad adquirente participe en el capital o en los fondos propios de la entidad transmitente en, al menos, un 5 por ciento, no se integrará en la base imponible de aquella la renta positiva o negativa derivada de la transmisión de la participación*. Al hacer esto, permite la exención de rentas que no han tributado, lo que carece de justificación, ni tan siquiera desde la consideración del debido respeto a la norma comunitaria pues, ciertamente, la misma tiene por objeto eliminar la doble imposición, pero no forzar la no imposición.

EJEMPLO 29

La entidad A adquirió por 60 una participación del 100 % sobre la entidad B, cuyos fondos propios estaban compuestos por un capital de 80 y unas reservas de 10.

.../...

.../...

Renta positiva derivada de la anulación de la participación: $30 (80 + 10 - 60)$. La totalidad de la renta está exenta.

Hay un déficit de imposición de 20, por cuanto habiéndose constituido la entidad con aportaciones de 80, los anteriores socios computaron una renta negativa de 20 ($60 - 80$) y la positiva no se computa.

1.3.3. Libertades comunitarias

En el preámbulo de la Ley 27/2014 se dice que, tras el Dictamen motivado de la Comisión Europea n.º 2010/4111, resultaba completamente necesaria una revisión del mecanismo de la eliminación de la doble imposición, con el objetivo fundamental de *equiparar el tratamiento de las rentas derivadas de las participaciones en entidades residentes y no residentes, tanto en materia de dividendos como de transmisión de las mismas*.

La Comisión había señalado que los dividendos distribuidos por entidades residentes en territorio español disfrutaban de un régimen fiscal más liviano que los procedentes de entidades no residentes, lo que iría en contra del principio de no discriminación y de las libertades concernidas.

Cabían al legislador varias alternativas, aunque siempre dentro de un tratamiento equiparable, pero no necesariamente igual, de los dividendos nacionales y extranjeros ¿Se ha logrado el objetivo perseguido? La única sombra de duda la arroja la exigencia del tipo de gravamen nominal mínimo, pues implica un requisito adicional respecto de los dividendos extranjeros en relación con los nacionales.

Ciertamente, el Impuesto sobre Sociedades no ha establecido un tipo de gravamen nominal inferior al 10%, y de ahí podría entenderse despejada la aludida duda, si bien no plenamente, debido al tipo de gravamen del 4% previsto por el artículo 43 de la Ley 19/1994, para las entidades de la Zona Especial Canaria.

Por el contrario, es claro que no puede entrañar perturbación de la normativa comunitaria la limitación a la exención del artículo 21 prevista en el artículo 49 de la Ley 27/2014 en relación con las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas, puesto que la discriminación inversa se viene admitiendo por el Tribunal de Justicia. Cuestión distinta es la discutible lógica de esta restricción, la cual reduce a la mitad la exención de los dividendos distribuidos por este tipo de entidades, seguramente por razón de la bonificación del 85% de la que las mismas disfrutaban, cuando, justamente, una bonificación del mismo rango, o incluso superior, establecida a favor de una entidad no residente no impediría la aplicación de la exención.

1.3.4. Impacto de los requisitos en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes

El artículo segundo de la Ley 26/2014 ha dado nueva redacción al artículo 14.1 h) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRLIRNR), al objeto de configurar también la relación matriz-filial cuando *el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros*. Esta configuración adicional, aun cuando no viene exigida por la Directiva matriz-filial, es oportuna en orden a mantener la igualdad de trato de los dividendos y participaciones en beneficios en relación con la residencia de su perceptor.

Por tanto, también disfrutarán de la exención por el IRNR las entidades residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que, cumpliendo con los restantes requisitos, tengan una participación cuyo valor de adquisición exceda de 20 millones de euros.

Se notará que el legislador ha establecido la homogeneidad de trato en sede del precepto que traspuso a nuestro ordenamiento la Directiva matriz-filial, en lo concerniente a la exención de la retención sobre los dividendos y participaciones en beneficios. Sin embargo la nueva medida, antes que de transposición de la referida norma comunitaria, ha de entenderse como de adecuación al principio de no discriminación o, más precisamente, a la libertad de movimiento de capitales ¿Hubiera debido extenderse la medida de exención a favor de todas las entidades no residentes, cualquiera que fuere el lugar de su residencia? Así parece desprenderse del carácter universal de la libertad de movimiento de capitales consagrada en el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La reflexión precedente, de ser acertada, suscita una interrogación ¿Era obligada una medida similar respecto de las plusvalías derivadas de instrumentos de patrimonio?

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2013 (NFJ052539) argumentó, en relación con la deducción para evitar la doble imposición de las plusvalías de fuente interna del artículo 30.5 del TRLIS, que residentes y no residentes se hallaban en situación comparable, de manera tal que *la normativa controvertida no responde a una diferencia objetiva derivada del lugar de residencia de los contribuyentes, por lo que el tratamiento fiscal y más gravoso a una entidad residente en un Estado miembro de la Unión Europea que a una entidad residente en España, por las ganancias obtenidas en la transmisión de las acciones de una sociedad española, es contrario al principio de libre circulación de capitales*.

¿Cabe el mismo argumento en relación con la exención de rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación del artículo 21.3 de la Ley 27/2014? Desde luego el supuesto de hecho es el mismo, y también el principio aplicable. En este sentido, la exención de rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación del artículo 21.3 de la Ley 27/2014, tal vez pueda tener el efecto de ampliar, insospechadamente, el campo de aplicación de la exención prevista en el artículo 14.1 i) del TRLIRNR, extendiéndolo a todas las rentas positivas que hubieran disfrutado de exención caso de ser percibidas por una entidad residente en territorio español, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.3 de la Ley 27/2014.

Los dos requisitos aludidos se predicen respecto de todas las rentas susceptibles de acogerse a la exención. Es útil resaltar este aspecto, por cuanto tales requisitos están definidos en el apartado 1 del artículo 21, el cual comienza anunciando que *estarán exentos los dividendos o participaciones en beneficios*, lo que podría provocar la falsa impresión de que los requisitos versan exclusivamente sobre ese tipo de rentas, la cual se disipa cuando, respecto de las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, el apartado 3 de dicho precepto efectúa una remisión a los requisitos contenidos en el apartado 1, sin perjuicio de las matizaciones o especialidades contenidas en el propio apartado 3.

1.1. REQUISITO DE PARTICIPACIÓN SIGNIFICATIVA MANTENIDA ESTABLEMENTE

El requisito de participación significativa está muy extendido, por más que su justificación técnica sea discutible.

En este sentido, un reciente informe de una comisión nombrada al efecto por la autoridad fiscal noruega² ha propuesto, en relación con el requisito de participación significativa, pura y simplemente, su eliminación. Inversamente, la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario ha propuesto que *debería transformarse la actual deducción en la cuota para evitar la doble imposición interna en una exención que solo se aplicaría cuando el porcentaje de participación fuese, al menos, del 5 por 100 armonizándose de esta forma con los regímenes vigentes –exención y deducción en la cuota– para evitar la doble imposición internacional*³.

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

Aun cuando el requisito de participación significativa es común para dividendos y plusvalías de cartera, es conveniente examinarlo separadamente para los dos tipos de renta.

1.1.1. Dividendos y participaciones en beneficios

De acuerdo con lo previsto en el artículo 21.1 a), la participación significativa se caracteriza porque *el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad sea, al menos, del 5 por ciento o bien que el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros*. Este requisito, tratándose de dividendos y participaciones en beneficios, debe cumplirse *de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea*

² *Official Norwegian Report. Capital Taxation in an International Economy* (2014).

³ Página 203.

exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo.

El carácter significativo de la participación es un rasgo tradicional de la legislación española relativa a la eliminación de la doble imposición de dividendos, pero carece de un fundamento técnico convincente, puesto que la doble imposición se produce cualquiera que sea el porcentaje de participación. El carácter estable también es un rasgo tradicional de la eliminación de la doble imposición económica, pero su fundamento técnico también es débil, por cuanto el dividendo, en todo caso, procede de un beneficio que ha tributado.

En aquellos diseños normativos que permiten la plena integración en la base imponible de las rentas negativas derivadas de la transmisión de la participación, el elemento temporal opone un cierto obstáculo al denominado lavado del dividendo (percepción de dividendo exento y generación de una renta negativa como consecuencia de la disminución de valor de la participación) pero cuando, como sucede en el diseño de la Ley 27/2014, el dividendo exento aminora la renta negativa derivada de la transmisión de la participación, el lavado no se presenta, amén del freno que supone la normativa contable, en cuanto a tenor de la misma el dividendo que se inscribe en la operación de lavado es de aquellos que debieran contabilizarse aminorando el valor de la inversión financiera.

Con todo, tanto el carácter significativo como estable de la participación responden, como se ha indicado, a la tradición legislativa española y, al tiempo, encajan dentro de las restricciones permitidas por la Directiva matriz-filial, si bien, como es sabido, el antiguo TRLIS concedía una deducción parcial para dividendos internos procedentes de participaciones no significativas y/o fugaces (art 30.1 TRLIS).

Para calcular el tiempo de tenencia de la participación deben acumularse los tiempos de posesión no interrumpida por parte de otra u otras entidades del grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. No se trata de que el tiempo de tenencia se mida tomando en consideración el grupo mercantil en su conjunto, sino de acumular tiempos pretéritos transcurridos en otra u otras entidades del grupo mercantil respecto de la participación de la que dimana el dividendo o la participación en beneficios, de manera tal que una participación significativa mantenida por más de un año por una entidad de grupo no habilita el cumplimiento del tiempo de tenencia a favor de otra u otras entidades del propio grupo que mantengan otras participaciones significativas de la misma naturaleza.

EJEMPLO 1

Grupo constituido por las entidades A, B, y C. A tiene una participación sobre D de 22 millones adquirida en 2012; B tiene una participación sobre D de 18 millones adquirida a A en febrero de 2015 y otra de 6 millones adquirida en marzo de 2014; C tiene una participación sobre D de 72 millones de euros adquirida en septiembre de 2014, de la que transmite 60 millones en agosto de 2015; D distribuye un dividendo en julio de 2015.

.../...

.../...

A cumple el requisito de mantenimiento; B también puesto que acumula en la adquisición de 18 millones el tiempo de A; C no cumple el requisito de mantenimiento.

El porcentaje de participación o el valor de adquisición deben cumplirse tomando en consideración exclusivamente las circunstancias de la participación de la entidad preceptora del dividendo o la participación en beneficios, de manera tal que carece de relevancia la participación que otra u otras entidades del grupo mercantil puedan tener sobre la entidad participada, a menos que den pie a la participación indirecta.

EJEMPLO 2

Grupo constituido por las entidades A, B, C; las tres entidades participan en la entidad D, en porcentajes y valor de adquisición de: 4 % y 21 millones (A); 0,8 % y 4 millones (B); 0,4 % y 2 millones (C).

Solamente cumple el requisito de participación significativa la mantenida por A. La agrupación de todas las participaciones en una sola entidad supondría el cumplimiento del requisito de participación significativa, plenamente.

1.1.1.1. *Cálculo de la participación indirecta*

El porcentaje del 5 % puede conformarse mediante la suma de un porcentaje de participación directo y otro indirecto.

EJEMPLO 3

A tiene una participación sobre B del 4 %, y una participación del 2 % sobre C, que tiene una participación del 70 % sobre B.

La participación, directa e indirecta, de A en B es: $4 \% + 1,4 \% (2 \%/70 \%) = 5,4 \%$.

Los tramos de la cadena de la participación indirecta no están limitados, de aquí que, en ciertos casos, la entidad que desee aplicar la exención pueda tener dificultades en la determinación del porcentaje de participación indirecta, máxime si alguno de los tramos no es suficiente para deparar una influencia significativa.

EJEMPLO 4

A tiene una participación sobre B del 4 %, y una participación del 3 % sobre C, que tiene una participación del 100 % sobre B. Tres días antes del vencimiento del plazo de tenencia del año C transmite el 70 % de la participación en B.

La participación directa e indirecta de A en B es: $4 \% + 0,9 \% (3 \% / 30 \%) = 4,9 \%$. Por tanto, no ha lugar a la exención.

El valor de adquisición no parece que permita una configuración directa e indirecta, aun cuando podría sostenerse lo contrario, tomando en consideración el resultado de multiplicar el porcentaje de participación sobre la entidad intermedia por el valor de adquisición de su participación en la entidad que distribuye el dividendo.

EJEMPLO 5

A tiene sobre B una participación cuyo valor de adquisición es 12 millones pero, a su vez, participa en el 20 % de C que tiene una participación de 70 millones sobre B, de manera que la participación de A en B es: 12 (directa) + 14 ($20 \% / 70$, indirecta) = 26 millones.

Con todo, esta interpretación debe ser contemplada con cautela.

1.1.1.2. Préstamos participativos

¿Está supeditada la exención de los intereses de los préstamos participativos intragrupo al requisito de participación significativa?

Al requisito del 5 % en *el capital o los fondos propios* parece que no, por cuanto ningún activo financiero representativo de un préstamo participativo da derecho a participar en los fondos

propios. La subordinación del interés, ya sea en su cuantía o en su percepción a la existencia de resultados positivos de la entidad prestataria no transforma al préstamo participativo en un componente de los fondos propios. Nótese que los fondos propios forman parte, junto a otras partidas, del patrimonio neto, de manera tal que no todas las partidas del patrimonio neto son fondos propios. Además, los préstamos participativos no forman parte, por esencia, del patrimonio neto, por más que tengan esa consideración a efectos de la determinación de las situaciones de reducción del capital y disolución.

Más dudoso es el requisito del *valor de adquisición de la participación*, por cuanto podría sostenerse que el préstamo participativo ha de tener un importe mínimo de 20 millones de euros. Nótese, sin embargo, que la palabra *participación* no es apropiada para referirse al activo financiero que deriva de un préstamo participativo.

1.1.1.3. *La general irrelevancia de la naturaleza de la renta subyacente*

La exención de los dividendos, no así la de las plusvalías, no está condicionada a la clase de actividad, composición del activo, lugar de realización de las inversiones o actividades, o naturaleza de las rentas obtenidas por la entidad participada.

La innovación normativa ha sido importante en relación con los dividendos de fuente extranjera, pues la exención de la que venían disfrutando desde el Real Decreto-Ley 3/2000 estaba supeditada a que las rentas de la entidad participada no fueran de aquellas *susceptibles de ser incluidas en la base imponible por aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional* (art. 21.1.1.º TRLIS). Por el contrario, en relación con los dividendos de fuente interna no hay innovación, ya que la naturaleza de la renta obtenida por la entidad participada residente siempre ha sido indiferente, incluso desde los pretéritos tiempos del TRLIS de 1967.

La política del legislador del año 2000, en relación con los dividendos de fuente extranjera, se caracterizaba, en líneas generales, por aplicar el método de exención a los procedentes de rentas empresariales, y el método de imputación a los procedentes de rentas pasivas o no empresariales. La del legislador del año 2014, siguiendo en este punto la recomendación de la Comisión de Expertos, se caracteriza por aplicar el método de exención cualquiera que sea la naturaleza de las rentas subyacentes.

Quienes, básicamente por motivos de la normativa comunitaria, postulen la igualdad plena entre los dividendos nacionales y los extranjeros, aplaudirán la decisión del legislador de 2014, pero no harán lo mismo quienes entiendan, de una parte, que la normativa comunitaria no obliga a la igualdad a ultranza, y de otra, que no es prudente aplicar la exención a dividendos que proceden de rentas pasivas, ya que pudiera fomentar la deslocalización de las mismas.

EJEMPLO 6

La entidad A participa en el 25 % sobre la entidad B, residente en país con convenio para evitar la doble imposición, cuyo beneficio proviene de inversiones en obligaciones emitidas por compañías cotizadas, que disfruta de un régimen fiscal privilegiado (bonificación sobre ingresos de obligaciones cotizadas), aun cuando no ha debido ser desmantelado por no incurrir en las características que lo califican como perjudicial según los criterios de la OCDE y del Código de Conducta.

En este supuesto, la exención provoca un caso muy similar a los calificados como deducción y no ingreso por el documento de híbridos de la OCDE⁴. En efecto, los intereses serán fiscalmente deducibles en sede de las entidades emisoras de las obligaciones, la entidad perceptora tributará simbólicamente sobre la renta inherente a los mismos y los dividendos distribuidos con cargo a la misma podrán disfrutar de exención. Los ejemplos podrían multiplicarse, atendiendo a la naturaleza de los activos (marcas, patentes, propiedad intelectual, arrendamientos no empresariales...). Nótese que buena parte de esas rentas podrán ampararse en los regímenes fiscales conocidos como *patent box*, consistentes en privilegiar fiscalmente la renta de activos intangibles relacionados con la propiedad industrial, intelectual, comercial y asimilados, pues las rentas pagadas serán gasto fiscalmente deducible en sede de la entidad que utiliza los activos, tributarán simbólicamente en la entidad perceptora, y los dividendos distribuidos con cargo a las mismas podrán disfrutar de exención.

⁴ *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements.*

1.1.1.4. La particular relevancia de la naturaleza de la renta subyacente

Sin embargo, a los efectos de aplicar el requisito de participación significativa, el párrafo tercero del artículo 21.1 a) de la LIS establece una norma especial, para el caso en que la entidad de la que procede el dividendo *obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades en más del 70 por ciento de sus ingresos*, a cuyo tenor el contribuyente deberá poseer, además de la participación significativa en la entidad que distribuye el dividendo, *una participación indirecta en esas entidades que cumpla los requisitos señalados en esta letra*. Las entidades aludidas son aquellas de las que proceden los ingresos financieros y beneficios extraordinarios mencionados.

1.1.1.4.1. La regla de composición relativa de ingresos

Esta regla especial, o regla de composición relativa de ingresos, opera a modo de requisito adicional que se exige para configurar la participación significativa. El supuesto de hecho consis-

te en que la entidad que distribuye el dividendo nutre sus ingresos de dividendos o plusvalías de cartera en una proporción elevada, 70 %, y el mandato es que la exención sobre dicho dividendo no procederá a menos que concurra en la participación mantenida con carácter indirecto por la entidad perceptora del dividendo, el requisito de porcentaje de participación del 5 % o, con ciertas dudas, del valor de adquisición de 20 millones de euros.

El supuesto de hecho responde a la relación existente entre las magnitudes descritas en la norma, cuya dimensión se advierte a través de su reflejo contable.

Como ingresos, en el denominador, habrá de tomarse la totalidad de los mismos, esto es, no solo el importe neto de la cifra de negocios, sino también los ingresos accesorios, las subvenciones y otros ingresos no recurrentes, así como la variación de existencias, y todos los de carácter financiero. En efecto, la norma se refiere a los *ingresos*, por tanto a todos los ingresos, y no solamente a la partida contable del *importe neto de la cifra de negocios*, o a los ingresos derivados de actividades económicas.

Como dividendos y participaciones en beneficios, y rentas derivadas de la transmisión de valores, en el numerador, habrá que tomar aquellas de esta naturaleza que se hayan contabilizado como partidas del resultado financiero.

La entidad concernida puede ser residente en el extranjero, de manera tal que sus estados financieros podrán responder a criterios contables distintos de los españoles, esto es, de los previstos en el Plan General de Contabilidad. En tal caso lo pertinente sería efectuar los ajustes de adecuación, por más que la norma no lo prevea, a los efectos de alcanzar la oportuna homogeneidad.

Una vez constatado que la relación precitada ha rebasado el umbral del 70 %, cumple examinar si la entidad perceptora del dividendo tiene una participación indirecta como la establecida en el párrafo primero del propio artículo 21.1 a), siendo oportuno recordar que en dicho párrafo se contemplan dos modalidades de participación.

EJEMPLO 7

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 30 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 18 %, 60; intereses 40.

Relación dividendos/ingresos = $80 + 60/80 + 60 + 40 > 70 \%$.

A participa indirectamente en el 6 % (20%/30 %) sobre C, y en el 3,6 % sobre D (20%/18 %), de manera que el requisito de participación indirecta del 5 % se cumple solo respecto de una

.../...

.../...

de las entidades participadas indirectamente. Por tanto, el dividendo que A perciba de B podrá disfrutar de exención, pero solo en la parte imputable al dividendo percibido por B de D. Más adelante se propone un ejemplo relativo a la determinación de la parte exenta.

Nótese que el requisito de participación indirecta está literalmente referido de manera indistinta al porcentaje o al valor de adquisición, por más que respecto de este último pueda surgir una duda fundada en relación con su capacidad lógica de adoptar una expresión indirecta.

EJEMPLO 8

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 30 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 18 %, 60, siendo el valor de adquisición de la participación 120; intereses 40.

Relación dividendos/ingresos = $80 + 60/80 + 60 + 40 > 70\%$.

A participa indirectamente en el 6 % (20%/30%) sobre C, y respecto de D tiene una participación cuyo valor de adquisición indirecto es 24 millones (120/20%). Por tanto, bajo esta interpretación amplia y, desde luego, sujeta a notable incertidumbre, de la participación indirecta, A tendría derecho a la exención respecto de la totalidad del dividendo percibido de B.

En fin, el caso precedente se resolvería en sentido adverso a la exención si la interpretación pertinente debiera ser que la participación indirecta solo cabe en términos porcentuales.

Las dos interpretaciones que se vienen barajando cuentan con apoyaturas. La de carácter amplio está respaldada por propia configuración alternativa del requisito definitorio de la participación significativa. La de carácter estricto, por la contextura lógica del carácter indirecto de la participación.

La entidad directamente participada puede, a su vez, ostentar participaciones indirectas. En tal caso, *la participación indirecta en filiales de segundo o ulterior nivel deberá respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento*. Por tanto, en tal supuesto, el contribuyente deberá poseer una participación indirecta configurada mediante la multiplicación de tantos de participación del 5%, siendo absolutamente irrelevante el valor de adquisición de las participaciones concernidas. No obstante, esta participación indirecta del 5% no se exige en relación con las filiales que formen

parte del mismo grupo de sociedades con la entidad directamente participada y formulen estados contables consolidados.

EJEMPLO 9

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 30 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 18 %, 60; intereses 40; C participa en el 50 % sobre E, y todos sus ingresos son los dividendos distribuidos por E.

Relación dividendos/ingresos = $80 + 60/80 + 60 + 40 > 70 \%$.

A participa indirectamente en el 6 % (20%/30 %) sobre C, en el 3,6 % sobre D (20%/18 %), y en el 3 % (20%/30%/50 %) sobre E. Por tanto, el dividendo que A perciba de B no podrá disfrutar en su totalidad de exención, por cuanto no se cumple la condición de *respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento*.

El requisito de participación indirecta puede cumplirse parcialmente, esto es, cumplirse respecto de unas entidades y no cumplirse respecto de otras. En tal caso, *la aplicación de la exención se referirá a aquella parte de los dividendos o participaciones en beneficios recibidos por el contribuyente respecto de entidades en las que se cumplan los citados requisitos*.

Esta regla, bien se comprende, está supeditada a que el umbral del 70 % deba operar. En tal caso, el dividendo percibido debe ser, a efectos de aplicar la exención, dividido en la forma descrita.

EJEMPLO 10

La entidad A participa en el 6 % en la entidad B, de la que percibe un dividendo de 10, y esta, a su vez, en el 90 % de C de la que percibe un dividendo de 28 y en el 30 % de D de la que percibe un dividendo de 22; también percibe 4 de intereses y 16 de rentas de actividades económicas.

Relación dividendos/ingresos: $28 + 22/28 + 22 + 4 + 16 > 70 \%$.

La participación indirecta sobre C es 5,4 (6%/90 %), y sobre D es 1,8 % (6%/30 %).

Parte del dividendo exenta: $10 \times (28 + 4 + 16/28 + 22 + 4 + 16) = 6,857$.

1.1.1.4.2. Incidencia de las relaciones de grupo mercantil

Bien se comprende que el contribuyente ha de contar con la colaboración activa de la entidad directamente participada para saber si concurren en su participación las circunstancias mencionadas, y esta, a su vez, deberá disponer de información hasta los niveles ulteriores. La tarea puede ser engorrosa, más todavía si el dividendo se distribuye con cargo a reservas, en cuyo caso es preciso identificar los beneficios de los que se nutrió la reserva, entendiéndose distribuida la reserva designada en el *acuerdo social*, considerándose, en su defecto, distribuidas *las últimas cantidades abonadas a dichas reservas*, si bien dos normas relativas a la existencia de un grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio están llamadas a aliviarla. Además, lo que podríamos denominar una cláusula de escape, basada en la prueba de la tributación de las entidades participadas concernidas, enerva la aplicación de la norma especial relativa a la composición de los ingresos.

Por la primera, cuando la entidad directamente participada sea dominante de un grupo mercantil y formule cuentas anuales consolidadas, el porcentaje de ingresos *se calculará sobre el resultado consolidado del ejercicio*. La literatura legal convoca a una relación ingresos por dividendos/resultado consolidado, pero una interpretación correctiva llevaría a relación ingresos por dividendos/ingresos consolidados, a los efectos de respetar la debida homogeneidad.

EJEMPLO 11

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 30 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 18 %, 60; intereses 40. B es entidad dominante de un grupo mercantil, siendo su resultado consolidado 190 y sus ingresos consolidados 320.

Relación dividendos/resultado consolidado = $80 + 60/190 > 70 \%$.

Relación dividendos/ingresos consolidados = $80 + 60/320 < 70 \%$.

Como se ha indicado, la lógica apunta hacia la segunda relación, pero la letra de la norma lo hace hacia la primera.

Por la segunda, el requisito de *respetar el porcentaje mínimo del 5 por ciento*, queda exceptuado cuando las entidades concernidas *reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades con la entidad directamente participada y formulen estados contables consolidados*. No es necesario que la entidad directamente participada sea la dominante del grupo mercantil, sino que basta con que forme parte del mismo.

EJEMPLO 12

La entidad A participa en el 20 % de la entidad B, cuyos ingresos son los siguientes: dividendos procedentes de una entidad participada C en el 60 %, 80; dividendos procedentes de una entidad participada D en el 52 %, 60; intereses 40; a su vez C y D obtienen todos sus ingresos de E, en la cual participan cada una de ellas al 50 %, y E percibe todos sus ingresos mediante dividendos de F, en la que participa en el 53 %. El resultado consolidado es 190 y los ingresos consolidados 192.

Relación dividendos/resultado consolidado = $80 + 60/190 > 70 \%$.

Relación dividendos/ingresos consolidados = $80 + 60/192 > 70 \%$.

El requisito de porcentaje mínimo del 5 % no se cumple, pero queda exceptuado por el hecho de que todas las entidades forman parte del mismo grupo que B.

1.1.1.4.3. La cláusula de escape

Además del alivio proporcionado por la incidencia de las relaciones de grupo mercantil, lo que podríamos denominar como «cláusula de escape», basada en la prueba de la tributación de las entidades participadas concernidas, excluye la aplicación de la norma especial relativa a la composición de los ingresos.

La cláusula de escape opera para enervar los efectos de la regla especial relativa a la composición de los ingresos de la entidad directamente participada. En efecto, la misma no resultará de aplicación *cuando el contribuyente acredite que los dividendos o participaciones en beneficios percibidos se han integrado en la base imponible de la entidad directa o indirectamente participada como dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades sin tener derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción por doble imposición.*

La cláusula de escape está construida bajo el entendimiento de que el dividendo percibido se ha nutrido de otro dividendo o plusvalía de cartera, ya sea obtenido por la entidad directamente participada o por otra indirectamente participada. Bajo ese entendimiento produce el efecto de inaplicación de la regla especial relativa a la composición de los ingresos, cuando concurre la prueba de la tributación de esos dividendos o plusvalías de cartera. La lógica que anima a la cláusula de escape es que la tributación del dividendo o la plusvalía de cartera en cuestión amerita que no opere la exclusión de la exención por causa de la regla especial relativa a la composición de los ingresos de la entidad directamente participada.

La cláusula de escape opera, consecuentemente, después de las dos reglas relativas a la incidencia de las relaciones de grupo mercantil.

Por tanto, cuando los dividendos proceden de una entidad en la que el peso de dividendos y plusvalías de cartera supera el 70%, y el perceptor de los mismos no posee una participación indirecta en las entidades de las que tales ingresos proceden que reúna las características del primer párrafo del artículo 21.1 a), ni medie la incidencia de las relaciones de grupo mercantil, se aplicará la exención bajo la prueba de integración en la base imponible de los dividendos o plusvalías de cartera y la no aplicación de un método para eliminar la doble imposición.

El supuesto de hecho de la cláusula de escape se compone de dos elementos, a saber, integración en la base imponible, y no disfrute de un método de eliminación de la doble imposición, cualquiera que sea su modalidad. Estos dos elementos pueden cumplirse tanto en la entidad directamente participada como en cualquiera de las indirectamente participadas, y van referidos tanto a las entidades residentes en territorio español como en el extranjero.

La integración en la base imponible implica que la renta en cuestión haya computado para determinar la base de cálculo del impuesto, aun cuando ello no implicase una tributación efectiva, sea por mediar la compensación de bases imponibles negativas o por la concurrencia de beneficios fiscales exorbitantes, o solamente supusiese una tributación efectiva ínfima motivada, entre otras técnicas, por un tipo de gravamen reducido o por bonificaciones. Habrá, ciertamente, supuestos de calificación dudosa, como pueden ser todos aquellos en los que haya habido integración de la renta en la base imponible, pero esta, en su conjunto, es objeto de una reducción, como puede ser el caso de constitución de reservas libres de impuestos o exenciones de carácter parcial.

El segundo elemento de la cláusula de escape concurre cuando, una vez integrada la renta afectada en la base imponible, dicha renta no ha motivado la aplicación de un método para eliminar la doble imposición. Se trata, pues, de un hecho negativo, consistente en la ausencia de exención o de deducción para eliminar la doble imposición, en relación con los dividendos o plusvalías de cartera.

La norma se refiere a *un régimen de exención o deducción*, sin especificar ninguna otra característica. Por tanto, la presencia de un régimen de exención parcial, por liviano que sea, frustrará la concurrencia del elemento negativo, como también lo hará un régimen de deducción en la base imponible, aun cuando sea parcial, y, por supuesto, un régimen de deducción en la cuota propio del método de imputación, aun cuando sea parcial. Sin embargo, la deducción en la cuota de una retención no lo hará, pues la doble imposición que se contempla es, inequívocamente, la económica.

EJEMPLO 13

La entidad A participa en el 6% en la entidad B, de la que percibe un dividendo de 10, y esta, a su vez, en el 90% de C de la que percibe un dividendo de 28 y en el 30% de D de la que percibe un dividendo de 22; también percibe 4 de intereses y 16 de rentas de actividades

.../...

.../...

económicas. Los dividendos percibidos de D se han integrado en la base imponible de B, sin disfrutar de un método para eliminar la doble imposición económica.

Relación dividendos/ingresos: $28 + 22/28 + 22 + 4 + 16 > 70\%$.

La participación indirecta sobre C es 5,4 (6%/90%) y sobre D es 1,8% (6%/30%).

Parte del dividendo que estaría exenta sin mediar la cláusula de escape: $10 \times (28 + 4 + 16/28 + 22 + 4 + 16) = 6,857$.

Al mediar cláusula de escape, debido a que el dividendo distribuido por D se ha integrado en la base imponible de B sin mediar un método para eliminar la doble imposición, la totalidad del dividendo está exento.

En el ejemplo propuesto, la tributación del dividendo se ha producido en sede de la entidad directamente participada, pero la cláusula de escape también permite que la tributación se produzca en sede de una entidad indirectamente participada, sin distinción de nivel.

EJEMPLO 14

La entidad A participa en el 6% en la entidad B, de la que percibe un dividendo de 10, y esta, a su vez, en el 90% de C de la que percibe un dividendo de 28 y en el 30% de D de la que percibe un dividendo de 22; también percibe 4 de intereses y 16 de rentas de actividades económicas. Los dividendos percibidos de D se han integrado en la base imponible de B, pero han disfrutado de un método para eliminar la doble imposición económica. No obstante, los dividendos percibidos de D proceden, a su vez, de dividendos percibidos por D de la entidad E, y se han integrado en la base imponible de D sin mediar un método para eliminar la doble imposición económica.

Relación dividendos/ingresos: $28 + 22/28 + 22 + 4 + 16 > 70\%$.

La participación indirecta sobre C es 5,4 (6%/90%) y sobre D es 1,8% (6%/30%).

Parte del dividendo que estaría exenta sin mediar la cláusula de escape: $10 \times (28 + 4 + 16/28 + 22 + 4 + 16) = 6,857$.

Al mediar cláusula de escape, debido a que el dividendo distribuido por D se ha integrado en la base imponible de E sin mediar un método para eliminar la doble imposición, la totalidad del dividendo está exento.

Es importante advertir de que la cláusula de escape no exige que el beneficio del que proviene el dividendo haya tributado. La cláusula de escape se fija en la tributación del dividendo, sea en sede de la entidad directamente participada o de alguna entidad indirectamente participada.

La tributación del beneficio del que procede el dividendo no es indiferente al método de exención, pero, como más adelante se verá, esta materia es objeto de la letra b) del artículo 21.1, y solo afecta a los dividendos procedentes de entidades no residentes en territorio español.

1.1.1.4.4. La lógica de la regla especial de composición de ingresos

Las reglas que han de aplicarse cuando los dividendos y plusvalías de cartera rebasan el 70 % de los ingresos de la entidad participada que distribuye el dividendo tienen por objeto evitar que, mediante la interposición de una entidad, el requisito de participación significativa quede burlado. Así, una participación que no cumpla el requisito de participación significativa (5 % o 20 millones) podría situarse en sede de una entidad intermedia sobre la que se participa en más del 5 %, a los solos efectos de disfrutar de la exención. Se objetará que con eso nada logra el contribuyente puesto que en la entidad intermedia no habría lugar a la exención, lo cual es cierto, pero también lo es que esa objeción no es predicable respecto de entidades residentes en el extranjero que disfruten de exención bajo un requisito de participación más liviano que el español, y también lo es que la entidad intermedia podría servir de aglutinante de varias participaciones para alcanzar el 5 % o los 20 millones de euros.

Bajo el TRLIS se realizaron algunas agrupaciones de esa guisa, básicamente en relación con participaciones sobre entidades cotizadas y de ahí, tal vez, la reacción del legislador de la Ley 27/2014.

Toda vez que es posible acceder a la exención con un valor de adquisición de 20 millones de euros, esas argucias de agrupación, si lo fueron, aunque concebibles, han perdido buena parte de su sentido práctico, y por lo que se refiere al flanco de la entidad instrumental intermedia extranjera en régimen de exención-participación benévolo, quedará superado y resuelto, en buena parte de los casos, a través del régimen de la transparencia fiscal internacional del artículo 100 de la Ley 27/2014.

Con todo, una vez que se decide aplicar la exención exclusivamente para las rentas derivadas de participaciones significativas, la regla especial de composición de ingresos no carece de fundamento lógico, en cuanto destinada a la protección de ese requisito de participación significativa. Cuestión distinta es que lo tenga que reservar la exención a ese tipo de participaciones. La tradición legislativa del Impuesto sobre Sociedades demuestra que la exención, al menos en sentido pleno, siempre se ha limitado a las participaciones significativas. Lo mismo acontece en relación con los convenios bilaterales que han establecido el método de exención, y con la Directiva matriz-filial.

La regla especial de composición de ingresos opera de manera radical. Cuando concurre el supuesto de hecho en que está basada, la exención se pierde totalmente. Unas décimas deci-

den el tránsito de la exención plena al gravamen total. Por esta razón, conviene tener muy en cuenta su impacto.

Así, es preferible mantener una posición inversora financiera individual directa cuando excede de 20 millones de euros, que hacerlo a través de una entidad dedicada a la gestión de inversiones financieras. En efecto, esta entidad podría determinar la aplicación de la regla especial de composición de ingresos.

EJEMPLO 15

La entidad A debe decidir si realiza una inversión directa de 25 millones en bolsa, o toma una participación del 10 %, por ese mismo importe, sobre una entidad que realiza inversiones directas en bolsa.

La opción fiscal más ventajosa es realizar la inversión directa, pues realizarla a través de la entidad intermedia acarrea la pérdida de la exención, habida cuenta de la composición de los ingresos de la misma.

La conclusión precedente también es válida si la inversión se realiza a través de una institución de inversión colectiva, pues los dividendos distribuidos por la misma, así como las rentas derivadas de la transmisión o reembolso de la participación, no tienen derecho a la exención.

Por la misma razón, no es conveniente agrupar en una entidad las participaciones que un conjunto de entidades tiene sobre otra entidad, ya que esta última podría determinar la aplicación de la regla especial de composición de ingresos.

EJEMPLO 16

Las entidades A, B y C tienen participaciones en la entidad D por valor de 25, 30 y 35 millones de euros, siendo útil para su finalidad de influir en la gestión de la misma agruparlas en la entidad E, la cual pasaría a tener el 6 % de D.

La entidad D tendría una composición de ingresos que determinaría la pérdida de la exención para los dividendos que ella distribuyera.

Si la lógica de la regla de composición de los ingresos es evitar que el requisito de participación significativa pueda ser burlado, no se comprende bien la lógica de la cláusula de escape ¿Por qué la integración del dividendo o de la plusvalía de cartera en la base imponible ha de enervar la aplicación de una regla que no está dirigida a exigir una tributación de las entidades participadas sino a proteger la contextura significativa de la participación sobre ellas?

1.1.2. Rentas positivas derivadas de la transmisión

El requisito de participación significativa también debe cumplirse en relación con las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación. Como se ha indicado anteriormente, el apartado 3 del artículo 21 concede la exención respecto de las rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, *cuando se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 1 de este artículo*.

Tratándose del dividendo o la participación en beneficios, las circunstancias determinantes del cumplimiento del requisito de participación significativa necesariamente van referidos a la participación poseída, pues no hay otra alternativa, pero tratándose de la renta positiva derivada de la transmisión de la participación podrían predicarse tanto de la participación transmitida como de la poseída antes de la transmisión.

La lógica de la participación significativa apunta a que aquellas circunstancias deban referirse a la participación poseída, no a la transmitida.

EJEMPLO 17

La entidad A adquirió en 2010 una participación del 2,3 % sobre la entidad B por 83 millones de euros. Transmisiones realizadas: 64 millones en 2015 y 19 millones en 2016.

Cumple el requisito la transmisión de 64 millones, pero no la de 19 millones.

Esta configuración del requisito de participación determina un tratamiento diferente según la cadencia de los actos de transmisión. En efecto, si se transmite la participación de una sola vez la exención será plena, pero si se hace en dos o más puede no serlo.

El requisito de participación significativa *deberá cumplirse el día en que se produzca la transmisión*. Por tanto, el tiempo de tenencia del año habrá que referirlo a ese día, sin que sea relevante el tiempo posterior, a diferencia de lo que acontece respecto de los dividendos o participaciones en beneficios.

EJEMPLO 18

La entidad A adquirió en marzo de 2015 una participación del 2,3 % sobre la entidad B por 83 millones de euros. Transmisiones realizadas: 61 millones en diciembre de 2015, 22 millones en septiembre de 2016.

Tiene derecho a exención la transmisión de 22 millones, pero no la de 61 millones, a pesar de que se ha poseído una participación de más de 20 millones durante más de un año.

Para calcular el tiempo de tenencia de la participación deben acumularse los tiempos de posesión no interrumpida realizada por otra u otras entidades del grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, en los términos expuestos respecto de los dividendos o participaciones en beneficios.

EJEMPLO 19

Grupo constituido por las entidades A, B y C. A tiene una participación sobre D de 22 millones adquirida en 2012; B tiene una participación sobre D de 18 millones adquirida a A en febrero de 2015 y de 6 millones adquirida en marzo de 2014, que transmite en abril de 2015; C tiene una participación sobre D de 72 millones de euros adquirida en septiembre de 2014, de la que transmite 60 millones en agosto de 2015.

La transmisión realizada por B cumple con el requisito de mantenimiento, por cuanto acumula el tiempo de tenencia consumido por A, y no lo cumple la realizada por C.

Pudiera acontecer que la participación transmitida lo fuese sobre una entidad en la que más del 70% de sus ingresos sean *dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades*.

Es dudoso que la regla de composición del ingreso se aplique respecto de las plusvalías derivadas de la transmisión de la participación. La literatura legal podría amparar una interpretación afirmativa, pues la regla referida forma parte de la *letra a) del apartado 1*. Sin embargo, la textura de dicha regla podría llevar a una interpretación negativa. En efecto, no parece adecuada para ser aplicada respecto de rentas que no son pagadas por la entidad participada.

1.2. REQUISITO DE TRIBUTACIÓN DE LA ENTIDAD PARTICIPADA

De acuerdo con lo previsto en el artículo 21.1 b), cuando el dividendo procede de una entidad residente en el extranjero, la exención está supeditada a que *la entidad participada haya estado sujeta y no exenta por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades, a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten.*

1.2.1. Impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades

El requisito de sujeción y no exención por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades es tradicional en la legislación española. Puesto que la exención trata de superar la doble imposición, esa sujeción y no exención es de todo punto lógica. En efecto, en otro caso no se presentaría el supuesto de doble imposición.

El requisito de tributación nominal mínima, por el contrario, es de nuevo cuño.

El tercer párrafo del artículo 21.1 b) establece que *se considerará cumplido este requisito cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información.*

Esta regla ya estaba presente en el antiguo artículo 21 del TRLIS si bien, naturalmente, referida al requisito previsto en aquella norma que, como se recordará, estaba constreñido a la sujeción y no exención a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades. Ahora, el requisito se ha enriquecido, ya que se le ha añadido que ese impuesto debe tener un tipo nominal de, al menos, el 10%, y ello plantea la duda de si la presencia del convenio cumple la función de otorgar la calificación de idéntico o análogo al impuesto de que se trate, o también la de dar por cumplido que el tipo nominal de gravamen no es inferior al 10%.

La literalidad de la regla apunta hacia la función más amplia, pues su mandato consiste en que *se considerará cumplido este requisito*, y el requisito es único, esto es, sujeción y no exención a un impuesto idéntico o análogo que tenga un tipo nominal de tributación no inferior al 10%. Esta interpretación, sin embargo, no es satisfactoria, pues depararía dar por cumplido el requisito ante la evidencia de una tributación nominal inferior al 10%.

Si es fácil advertir la lógica de la presencia del convenio a los efectos de calificar la concurrencia de la nota de impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades, pues no en vano el convenio contiene una relación de los impuestos respecto de los que se aplica, no lo es, inversamente, a los efectos de dar por cumplida la tributación nominal mínima, cuando la evidencia señala lo contrario. En suma, si el tipo de gravamen nominal es inferior al 10%, la existencia del convenio no debería validar el cumplimiento del requisito del artículo 21.1 b).

Cuestión distinta es que en el propio convenio se haya previsto la exención de los dividendos. En tal caso, habrá que atenerse a lo en él establecido.

El artículo 21.1 b) de la Ley 27/2014 también ha tomado del artículo 21 del TRLIS que se tendrán por impuestos idénticos o análogos al Impuesto sobre Sociedades, *aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la renta, los ingresos o cualquier elemento indiciario de aquella.*

Lo relevante es la finalidad del tributo, con independencia de la magnitud que se tome como base de cálculo de la cuota tributaria. Con esta fórmula amplísima se diluyen las controversias acerca de la naturaleza del impuesto concernido, al tiempo que se da cabida a impuestos alejados del patrón fundamental de la imposición sobre el beneficio. Pero esta relajación, en el contexto del método de exención, no es relevante, por cuanto, en definitiva, dicho método está diseñado para que la tributación que prevalezca sea la del país o territorio en el que reside la entidad participada. En la práctica, únicamente no superarán el dintel las entidades residentes en países o territorios en los que no esté implantada la imposición sobre el beneficio de las empresas, pero sí lo harán aquellas que lo hagan en países o territorios que dispongan de una imposición, incluso rudimentaria, que tome como referencia la realización de actividades económicas, siempre, eso sí, que el tipo de gravamen nominal sea, al menos, del 10%.

1.2.2. La tributación nominal mínima

Es novedosa la exigencia de un tipo de tributación nominal mínimo, no inferior al 10%.

Por tipo nominal parece que debe entenderse, por contraposición con el tipo efectivo de gravamen, el establecido por la norma que regule el impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades.

La Comisión de Expertos se alarmó ante la importante cuantía que la exención de dividendos de fuente extranjera suponía en relación con el resultado contable declarado, y tras un somero análisis de Derecho comparado, recomendó *establecer un nuevo requisito consistente en que la entidad participada soporte por el impuesto extranjero una tributación mínima del 10 por 100 sobre su beneficio.* No aludió, sin embargo, la Comisión de Expertos a la función de la tributación mínima como medio para expulsar de la exención a los dividendos procedentes de entidades que tributaron en régimen privilegiado, y que, en tal condición, podían ser un estímulo para la deslocalización de actividades o el desvío de rentas.

Ahora bien, el privilegio fiscal no pivota sobre el tipo nominal de gravamen sino sobre el efectivo, de manera tal que el requisito de tributación nominal mínima, tal y como está configurado en el artículo 21.1 b), carece de efectos prácticos en relación con la deslocalización de actividades o el desvío de rentas, más todavía cuando se cierra todo resquicio a una eventual interpretación incisiva de la Administración tributaria, pues el tipo nominal no inferior al 10% no podrá ser desconsiderado por causa de la concurrencia *de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción.*

Con todo, esta relajación no es contradictoria con el método de exención, a cuyo tenor se evita la doble imposición mediante una técnica que implica aceptar como definitiva la tributación del país o territorio donde tiene su residencia la entidad de la que procede el dividendo, igualándose, de esta manera, la tributación de las entidades que operan en el territorio de la misma jurisdicción fiscal, en servicio al principio económico de neutralidad en la importación de capitales.

Lo verdaderamente importante es si la exención se aplica universalmente o se excluyen los dividendos que no proceden de beneficios derivados de la realización de actividades económicas. El artículo 21 de TRLIS exigió el requisito de realización significativa de actividades económicas por parte de la entidad participada, pero el artículo 21 de la Ley 27/2014 no ha hecho lo propio, excepto cuando la renta repatriada adopta la forma de plusvalía, como se comentará más adelante. Esta es la diferencia importante. La exigencia de un tipo nominal de gravamen no inferior al 10% tiene, por el contrario, una importancia menor.

Ahora bien, la congruencia entre la exigencia de la tributación nominal mínima y la admisión como impuesto de naturaleza idéntica o análoga al que recae *sobre los ingresos o cualquier elemento indicario de la renta* es dudosa. En efecto, un tipo de gravamen nominal no inferior al 10% cuando se toman los ingresos como base de cálculo de la cuota sería exorbitante.

No existe una regla que verse sobre el caso en el que la entidad participada ha cumplido el requisito de tributación mínima en unos ejercicios pero no en otros. En su ausencia, la regla lógica es establecer una correspondencia entre dividendo y ejercicio en el que se obtuvo el beneficio del cual procede dicho dividendo. A estos efectos, el último párrafo del artículo 21.1 establece que *en el caso de distribución de reservas se atenderá a la designación contenida en el acuerdo social y, en su defecto, se considerarán aplicadas las últimas cantidades abonadas a dichas reservas*.

Si se reparten beneficios del ejercicio la correspondencia es inmediata, pero si se reparten reservas habrá que identificar el ejercicio del que proceden los beneficios que las nutrieron, a cuyo efecto se atenderá a la reserva designada en el acuerdo social de reparto del beneficio, la cual procederá de un determinado ejercicio o ejercicios, y en caso de no efectuarse dicha designación se entenderá que han sido distribuidas las últimas cantidades abonadas a reservas, las cuales igualmente procederán de los beneficios de unos determinados ejercicios. Identificados los ejercicios, quedan determinados los tipos nominales de gravamen.

EJEMPLO 20

La entidad A, residente en un país sin convenio, distribuye en 2016 un dividendo con cargo a reservas, por importe de 160, sin designación de reservas. La entidad fue adquirida en 2009, con unas reservas de 30 (2008), las cuales se incrementaron en 20 (2009), 40 (2010), -70 (2011), 60 (2012), 70 (2013), 18 (2014), -20 (2015). El tipo nominal de gravamen fue 8% hasta 2013, en el que se estableció el 12,5%.

.../...

.../...

Las reservas que se entienden distribuidas son: 18 (2014), 70 (2013), 60 (2012), 12 (2010). Se cumple el requisito de tributación mínima respecto de 88 (18 + 70), y no se cumple respecto de 72 (60 + 12).

Los dividendos que en lo sucesivo se distribuyan con cargo a beneficios del ejercicio sí cumplirán con el requisito de tributación mínima. Por el contrario, los que se repartan con cargo a reservas no lo cumplirán.

Cuando la entidad participada no residente obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propio de entidades, la aplicación de esta exención respecto de dichas rentas requerirá que el requisito previsto en esta letra se cumpla, al menos, en la entidad indirectamente participada.

La norma plantea varias cuestiones.

En primer lugar, si versa sobre el requisito de sujeción sin exención y tributación nominal mínima, o si lo hace exclusivamente sobre la tributación nominal mínima. Puesto que la norma se refiere expresamente al *requisito previsto en esta letra*, ha de entenderse que se proyecta tanto sobre la sujeción sin exención como sobre el tipo nominal de gravamen.

En segundo lugar, si el referido requisito ha de cumplirse en sede de las dos entidades, esto es, tanto en la directa como en la indirectamente participada, o bien basta con que se cumpla en una sola de ellas. La segunda interpretación es la más apropiada porque, además de caber perfectamente en la literalidad de la norma, es la que le confiere pleno sentido y eficacia práctica. En este sentido, cuando la entidad directamente participada sea de tipo *holding*, y por tal razón disfrute de exención o de un tipo nominal de gravamen inferior al 10 %, el requisito de la tributación mínima se puede cumplir en sede de las entidades directamente participadas por la misma.

EJEMPLO 21

La entidad A participa en la entidad B (no residente) y esta en la C (no residente); B está exenta del Impuesto sobre Sociedades por tratarse de una *holding*; C está sujeta al Impuesto sobre Sociedades al tipo nominal de gravamen del 12,5 %.

Se cumple el requisito.

No es claro si el cumplimiento del requisito de tributación nominal mínima puede cumplirse también en sede de las entidades participadas de ulterior nivel. Desde luego, materialmente, la tributación nominal mínima de ulterior nivel tiene el mismo significado que la habida en el nivel directo y en el inmediato indirecto. Sin embargo, los dividendos percibidos por la entidad directamente participada, que son, en definitiva, los que contribuyen a formar la renta de la que deriva el dividendo cuya exención se pretende proceden exclusivamente del primer nivel indirecto.

Pudiera acontecer que, no cumpliéndose en la entidad directamente participada el requisito del artículo 21.1 b), sí se cumpliera en alguna o algunas de las entidades participadas de las que aquella entidad ha percibido dividendos u obtenido rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, pero no en todas. En tal caso, *la aplicación de la exención se referirá a aquella parte de los dividendos o participaciones en beneficios recibidos por el contribuyente respecto de entidades en las que se cumplan los citados requisitos.*

EJEMPLO 22

La entidad A participa en la entidad B (no residente) y esta en la C (no residente) y en la D (no residente); B está exenta del Impuesto sobre Sociedades, por tratarse de una *holding*; C está sujeta al Impuesto sobre Sociedades al tipo nominal de gravamen del 12,5 %; D tributa al tipo nominal del 3 %; B obtuvo dividendos de C (20) y de D (40), e intereses (30), que determinaron un resultado de 80, que fue distribuido en su integridad.

El dividendo (80) estará parcialmente exento 17,7 ($80 \times 20/20 + 40 + 30$). B, al estar exenta, obstruye la exención, pero la tributación de B rehabilita parcialmente la misma.

Esta regla se aplica, indistintamente, respecto de los requisitos de las letras a) y b) del artículo 21.1. En relación con el requisito de la letra b) hay que tomar en consideración que su cumplimiento por parte de la entidad directamente participada es suficiente, de manera tal que su no cumplimiento por alguna o algunas de las entidades indirectamente participadas es irrelevante.

EJEMPLO 23

La entidad A participa en la entidad B (no residente) y esta en la C (no residente) y en la D (no residente); B está sujeta y no exenta del Impuesto sobre Sociedades, siendo 15 %

.../...

.../...

su tipo de gravamen; C está sujeta al Impuesto sobre Sociedades al tipo nominal de gravamen del 12,5 %; D tributa al tipo nominal del 3 %; B obtuvo dividendo de C (20) y de D (40), e intereses (30), que determinaron un resultado de 80, que fue distribuido en su integridad.

El dividendo estará exento en su totalidad, debido a la tributación de B.

1.2.3. Especialidades del requisito de tributación en las rentas derivadas de la transmisión

Tratándose de rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación, el requisito de la letra b) del artículo 21.1 deberá cumplirse *en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación*, a diferencia de lo que acontece en el caso de los dividendos y participaciones en beneficios, donde el requisito ha de cumplirse respecto del ejercicio de cuyo beneficio procede dicho dividendo o participación en beneficios y, a diferencia también del requisito previsto en la letra a) del artículo 21.1, el cual, como se expuso, debe cumplirse en el día en que se produzca la transmisión de la participación.

Sin embargo, el efecto del incumplimiento del requisito así definido no es necesariamente la pérdida de la exención, pues *en el caso de que el requisito previsto en la letra b) del apartado 1 no se cumpliera en alguno o algunos de los ejercicios de tenencia de la participación*, pero sí en otro u otros, la exención procederá en la parte que sea imputable a estos últimos, de acuerdo con las siguientes reglas:

- La renta positiva se divide en dos partes, a saber, aquella que se corresponde con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por la entidad participada durante el tiempo de tenencia de la participación, y el resto, la cual se entiende obtenida linealmente.
- Las dos partes tienen derecho a la exención, pero solo en relación con la fracción de las mismas imputables a ejercicios en los que se cumple el requisito.

La norma no precisa los criterios que deben seguirse para establecer la imputación de la renta positiva a los ejercicios. Estos, por evidentes, son innecesarios en relación con la parte de renta positiva correspondiente a los beneficios acumulados, pero no así respecto de la otra parte de la renta positiva, limitándose la norma a indicar que *se entenderá generada de forma lineal*; expresión esta que puede amparar varias soluciones, de entre las cuales, parece que la más correcta es la que descansa en la proporción entre los beneficios acumulados relativos a los ejercicios en los

que se cumplió el requisito y los beneficios acumulados totales, en el bien entendido que siempre está abierta la salvedad de *prueba en contrario*.

EJEMPLO 24

Participación en B (100 %), adquirida en 2015 y transmitida en 2019; renta positiva 100; beneficios acumulados: 10 (2015), 12 (2016), 18 (2017), 20 (2018); se cumplió el requisito de tributación en 2017 y 2018.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 60 (10 + 12 + 18 + 20). Parte exenta: 38 (18 + 20).

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 40 (100 - 60). Parte exenta: 25,332 [40 × (18 + 20/10 + 12 + 18 + 20)].

Total renta positiva exenta: 63,332 (38 + 25,332).

Se observará en el ejemplo precedente que el ejercicio de determinación de la renta positiva exenta implica dos operaciones, a saber, la división de la renta en dos partes, y la correspondencia de la renta con los ejercicios, y que las dos operaciones dependen de los beneficios acumulados durante el tiempo de tenencia de la participación.

Cuando la entidad participada, a su vez, tuviere participación en otra u otras entidades, y aconteciere que en unas se cumpliera el requisito de tributación y en otras no, la exención, igualmente, se aplicará parcialmente. A tal efecto ha de dividirse la renta positiva en dos partes, a saber, la que se corresponda con un *incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por las entidades indirectamente participadas durante el tiempo de tenencia de la participación*, y la parte restante. Las dos partes tienen derecho a la exención, pero solamente en la medida en que se corresponda con beneficios respecto de los que se cumpla el requisito de tributación.

Para establecer esta correspondencia ha de hacerse un ejercicio similar al anteriormente descrito para el caso en que el requisito de tributación se cumpliera en unos ejercicios y no en otros. Ahora el caso es el de cumplimiento del requisito de tributación en unas entidades sí y en otras no, en sede de las entidades participadas por la entidad cuya participación se transmite, pero el problema a resolver es el mismo, esto es, establecer una correspondencia entre la renta positiva y el cumplimiento del requisito de tributación. A estos efectos, la renta positiva se dividirá en dos partes, a saber, la que *se corresponda con un incremento neto de beneficios no distribuidos generados por las entidades indirectamente participadas durante el tiempo de*

tenencia de la participación y la que no se corresponda, proyectándose la exención respecto de la renta imputable a las entidades que cumplieron con el requisito de tributación mínima.

EJEMPLO 25

La entidad A participaba en H (100 %), adquirida en 2013 y transmitida en 2019, renta positiva 100; H, a su vez, participa desde 2014 sobre B (100 %), beneficios acumulados 60, cumplen el requisito de tributación. H también participa desde 2014 en C (100 %), beneficios acumulados 8; C tributa al 7 %. H no alberga beneficios acumulados.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 68 (60 + 8).
Parte exenta: 60.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 32 (100 – 68). Parte exenta: 28,16 ($32 \times (60/60 + 8)$).

La norma indica que la partición de la renta positiva entre exenta y no exenta ha de hacerse, en su caso, cuando la entidad participada *a su vez, participara en dos o más entidades*, pero la lógica de esa operación también concurre cuando aquella entidad participara en una sola entidad, puesto que basta una sola para que se presente el caso de cumplimiento parcial del requisito de tributación.

EJEMPLO 26

La entidad A participaba en H (100 %), adquirida en 2013 y transmitida en 2019, renta positiva 100, beneficios acumulados 60, cumplen el requisito de tributación. H participa desde 2014 en B (100 %), beneficios acumulados 8; B tributa al 7 %.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 68 (60 + 8).
Parte exenta: 60.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: 32 (100 – 68). Parte exenta: 28,16 [$32 \times (60/60 + 8)$].

En los dos ejemplos anteriores, por comodidad, se ha supuesto que la participación era del 100 %. Para participaciones inferiores bastará con tomar los beneficios acumulados correspondientes al porcentaje de participación.

EJEMPLO 27

La entidad A participaba en H (80 %), adquirida en 2013 y transmitida en 2019, renta positiva 72, beneficios acumulados 60, cumplen el requisito de tributación. H participa desde 2014 en B (50 %), beneficios acumulados 8; B tributa al 7 %.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $68 (60 \times 0,8 + 8 \times 0,8 \times 0,5)$. Parte exenta: 48.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $20,8 (72 - (60 \times 0,8 + 8 \times 0,8 \times 0,5))$. Parte exenta: $19,53 [20,8 \times (60 \times 0,8/60 \times 0,8 + 8 \times 0,8 \times 0,5)]$.

En fin, también puede presentarse el caso en el que el requisito de tributación se cumpla en algunos ejercicios pero no en todos, y en algunas entidades participadas por la participada, pero no en todas. En tal caso, deben aplicarse de manera conjunta los criterios precedentes.

EJEMPLO 28

La entidad A participaba en H (100 %), adquirida en 2015 y transmitida en 2019, renta positiva 100; H, a su vez, participa desde 2014 sobre B (100 %), beneficios acumulados: 10 (2015), 12 (2016), 18 (2017), 20 (2018); se cumplió el requisito de tributación en 2017 y 2018. H también participa desde 2014 en C (100 %), la cual ha obtenido los siguientes beneficios acumulados: 2 (2015), 1 (2016), 3 (2017), 4 (2018); el requisito de tributación se cumplió en 2015 y 2016. H no alberga beneficios acumulados.

Renta positiva correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $70 [(10 + 12 + 18 + 20) + (2 + 1 + 3 + 4)]$. Parte exenta: $41 [(18 + 20) + (2 + 1)]$.

Renta positiva no correspondiente al incremento neto de beneficios acumulados: $30 (100 - 70)$. Parte exenta: $17,55 [30 \times (18 + 20 + 2 + 1/10 + 12 + 18 + 20 + 2 + 1 + 3 + 4)]$.

1.3. LOS REQUISITOS Y LA NORMATIVA COMUNITARIA

1.3.1. La Directiva matriz-filial

El artículo 3 de la Directiva 2011/96/UE establece que *la calidad de sociedad matriz se reconocerá por lo menos a una sociedad de un Estado miembro que cumpla las condiciones enun-*

ciadas en el artículo 2 y que posea en el capital de una sociedad de otro Estado miembro, que cumpla las mismas condiciones, una participación mínima del 10%. El artículo 2 aludido establece que la entidad participada debe estar sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a uno de los impuestos enumerados en la parte B del anexo I o a cualquier otro impuesto que sustituyere a uno de dichos impuestos.

El requisito de participación del 5%, mantenida durante un año del artículo 21 de la Ley 27/2014, cumple con los requerimientos de la norma comunitaria. También lo cumple el requisito de valor de adquisición de 20 millones.

La norma comunitaria no establece una regla semejante a la relativa a la composición de los ingresos de la entidad participada, ni prevé la aplicación parcial de la exención. Ahora bien, la regla de la composición de los ingresos puede ser entendida como destinada a la protección del correcto cumplimiento del requisito de participación del 5%, y la aplicación parcial como una consecuencia inherente al cumplimiento parcial del requisito de participación.

El artículo 21 de la Ley 27/2014, al igual que la Directiva matriz-filial, no contiene requisito alguno concerniente a la naturaleza de la renta o de las actividades ejecutadas por la entidad participada. A diferencia del artículo 21 del TRLIS.

La Directiva matriz-filial exige la sujeción y no exención a alguno de los impuestos sobre los beneficios vigentes en los Estados miembros de la Unión Europea, pero no un tipo de gravamen nominal mínimo. En este punto, el artículo 21 de la Ley 27/2014 sí se aparta de la Directiva matriz-filial, incluso si, eventualmente, no existiera ningún tipo nominal de gravamen inferior al 10% en el contexto de la Unión Europea.

No se sigue de ahí que el legislador español haya fallado en el debido respecto a la Directiva matriz-filial, por cuanto en la misma también se prevé la validez del método de imputación, el cual se halla recogido en el artículo 32 de la Ley 27/2014. Sin embargo, la forma en como se determina en el apartado 3 de dicho artículo el campo de los impuestos subyacentes en el caso de participaciones en cadena es más restrictiva que la forma en como lo hace la Directiva matriz-filial.

En efecto, el artículo 4.1 b) de la Directiva matriz-filial considera impuesto subyacente sobre el beneficio imputable al *abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel, sujeto a la condición de que cada una de las filiales y la filial de ulterior nivel siguiente pueda encuadrarse en las definiciones establecidas en el artículo 2 y cumplan los requisitos previstos en el artículo 3, hasta la cuantía máxima del impuesto adeudado*, en tanto que el artículo 32.3 de la Ley 27/2014, no obstante también extender el campo del impuesto subyacente al abonado por las entidades filiales de ulterior nivel exige que sobre las mismas la entidad perceptora del dividendo ostente una *participación indirecta...*, *al menos, del 5 por ciento ...*, de manera tal que, de acuerdo con el citado artículo 32.3, quedarían excluidos los impuestos abonados por entidades filiales de ulterior nivel no cubiertas por una participación indirecta del 5% mantenida por la entidad perceptora del dividendo cuando, de acuerdo con el artículo 4.1 b) de la Directiva matriz-filial, serían computados.

La leve discrepancia advertida entre la Directiva matriz-filial y la legislación española, relativa a la eliminación de la doble imposición económica, tiene su origen en que el método de exención del artículo 21 de la Ley 27/2014 no se aplica cuando la entidad que distribuye el dividendo ha tributado por un tipo nominal de gravamen inferior al 10%, y se consume cuando el método de imputación del artículo 32 de la Ley 27/2014 no permite la deducción del impuesto subyacente abonado por alguna o algunas de las entidades de ulterior nivel, de manera tal que dicha discrepancia tendrá escasa trascendencia práctica.

1.3.2. La Directiva de fusiones y operaciones asimiladas

El artículo 7 de la Directiva 90/434/CE estableció que *cuando la sociedad beneficiaria posea una participación en el capital de la sociedad transmitente, no podrá aplicarse ningún gravamen sobre la plusvalía obtenida por la sociedad beneficiaria con motivo de la anulación de su participación*, si bien la aplicación de esta exención podía condicionarse a la tenencia de un porcentaje de participación mínimo que, tras las modificaciones introducidas por la Directiva 2005/19/CE, quedó establecido en el 10%.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 27/2014, el artículo 89.1 del TRLIS recogía la norma comunitaria indicando que *cuando la entidad adquirente participe en el capital de la entidad transmitente en, al menos, un 5%, no se integrará en la base imponible de aquella la renta positiva derivada de la anulación de la participación, siempre que se corresponda con reservas de la entidad transmitente ni la renta negativa que se ponga de manifiesto por la misma causa*.

Aun cuando el artículo 7 de la Directiva 90/434/CE no se refería a la correspondencia de la renta positiva con las reservas, la misma era de todo punto lógica pues, en su ausencia, no habría doble imposición que corregir, siendo así que, precisamente, esa corrección de la doble imposición era el fundamento de la norma comunitaria.

El artículo 82 de la Ley 27/2014 ha preferido reproducir el literal del artículo 7 de la Directiva 90/434/CE, estableciendo que *cuando la entidad adquirente participe en el capital o en los fondos propios de la entidad transmitente en, al menos, un 5 por ciento, no se integrará en la base imponible de aquella la renta positiva o negativa derivada de la transmisión de la participación*. Al hacer esto, permite la exención de rentas que no han tributado, lo que carece de justificación, ni tan siquiera desde la consideración del debido respeto a la norma comunitaria pues, ciertamente, la misma tiene por objeto eliminar la doble imposición, pero no forzar la no imposición.

EJEMPLO 29

La entidad A adquirió por 60 una participación del 100 % sobre la entidad B, cuyos fondos propios estaban compuestos por un capital de 80 y unas reservas de 10.

.../...

.../...

Renta positiva derivada de la anulación de la participación: $30 (80 + 10 - 60)$. La totalidad de la renta está exenta.

Hay un déficit de imposición de 20, por cuanto habiéndose constituido la entidad con aportaciones de 80, los anteriores socios computaron una renta negativa de 20 ($60 - 80$) y la positiva no se computa.

1.3.3. Libertades comunitarias

En el preámbulo de la Ley 27/2014 se dice que, tras el Dictamen motivado de la Comisión Europea n.º 2010/4111, resultaba completamente necesaria una revisión del mecanismo de la eliminación de la doble imposición, con el objetivo fundamental de *equiparar el tratamiento de las rentas derivadas de las participaciones en entidades residentes y no residentes, tanto en materia de dividendos como de transmisión de las mismas*.

La Comisión había señalado que los dividendos distribuidos por entidades residentes en territorio español disfrutaban de un régimen fiscal más liviano que los procedentes de entidades no residentes, lo que iría en contra del principio de no discriminación y de las libertades concernidas.

Cabían al legislador varias alternativas, aunque siempre dentro de un tratamiento equiparable, pero no necesariamente igual, de los dividendos nacionales y extranjeros ¿Se ha logrado el objetivo perseguido? La única sombra de duda la arroja la exigencia del tipo de gravamen nominal mínimo, pues implica un requisito adicional respecto de los dividendos extranjeros en relación con los nacionales.

Ciertamente, el Impuesto sobre Sociedades no ha establecido un tipo de gravamen nominal inferior al 10%, y de ahí podría entenderse despejada la aludida duda, si bien no plenamente, debido al tipo de gravamen del 4% previsto por el artículo 43 de la Ley 19/1994, para las entidades de la Zona Especial Canaria.

Por el contrario, es claro que no puede entrañar perturbación de la normativa comunitaria la limitación a la exención del artículo 21 prevista en el artículo 49 de la Ley 27/2014 en relación con las entidades dedicadas al arrendamiento de viviendas, puesto que la discriminación inversa se viene admitiendo por el Tribunal de Justicia. Cuestión distinta es la discutible lógica de esta restricción, la cual reduce a la mitad la exención de los dividendos distribuidos por este tipo de entidades, seguramente por razón de la bonificación del 85% de la que las mismas disfrutaban, cuando, justamente, una bonificación del mismo rango, o incluso superior, establecida a favor de una entidad no residente no impediría la aplicación de la exención.

1.3.4. Impacto de los requisitos en el Impuesto sobre la Renta de no Residentes

El artículo segundo de la Ley 26/2014 ha dado nueva redacción al artículo 14.1 h) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRLIRNR), al objeto de configurar también la relación matriz-filial cuando *el valor de adquisición de la participación sea superior a 20 millones de euros*. Esta configuración adicional, aun cuando no viene exigida por la Directiva matriz-filial, es oportuna en orden a mantener la igualdad de trato de los dividendos y participaciones en beneficios en relación con la residencia de su perceptor.

Por tanto, también disfrutarán de la exención por el IRNR las entidades residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo que, cumpliendo con los restantes requisitos, tengan una participación cuyo valor de adquisición exceda de 20 millones de euros.

Se notará que el legislador ha establecido la homogeneidad de trato en sede del precepto que traspuso a nuestro ordenamiento la Directiva matriz-filial, en lo concerniente a la exención de la retención sobre los dividendos y participaciones en beneficios. Sin embargo la nueva medida, antes que de transposición de la referida norma comunitaria, ha de entenderse como de adecuación al principio de no discriminación o, más precisamente, a la libertad de movimiento de capitales ¿Hubiera debido extenderse la medida de exención a favor de todas las entidades no residentes, cualquiera que fuere el lugar de su residencia? Así parece desprenderse del carácter universal de la libertad de movimiento de capitales consagrada en el artículo 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La reflexión precedente, de ser acertada, suscita una interrogación ¿Era obligada una medida similar respecto de las plusvalías derivadas de instrumentos de patrimonio?

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2013 (NFJ052539) argumentó, en relación con la deducción para evitar la doble imposición de las plusvalías de fuente interna del artículo 30.5 del TRLIS, que residentes y no residentes se hallaban en situación comparable, de manera tal que *la normativa controvertida no responde a una diferencia objetiva derivada del lugar de residencia de los contribuyentes, por lo que el tratamiento fiscal y más gravoso a una entidad residente en un Estado miembro de la Unión Europea que a una entidad residente en España, por las ganancias obtenidas en la transmisión de las acciones de una sociedad española, es contrario al principio de libre circulación de capitales*.

¿Cabe el mismo argumento en relación con la exención de rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación del artículo 21.3 de la Ley 27/2014? Desde luego el supuesto de hecho es el mismo, y también el principio aplicable. En este sentido, la exención de rentas positivas derivadas de la transmisión de la participación del artículo 21.3 de la Ley 27/2014, tal vez pueda tener el efecto de ampliar, insospechadamente, el campo de aplicación de la exención prevista en el artículo 14.1 i) del TRLIRNR, extendiéndolo a todas las rentas positivas que hubieran disfrutado de exención caso de ser percibidas por una entidad residente en territorio español, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21.3 de la Ley 27/2014.