

EL NUEVO ESCENARIO JURÍDICO DE LA TRIBUTACIÓN DE LOS DIVIDENDOS ENTRE ESPAÑA Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Ana Belén Prósper Almagro

*Licenciada en Derecho
Máster Financiero y Tributario/Asesoría Fiscal (ADEIT)*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE, don Francisco Alfredo GARCÍA PRATS, don Francisco MAGRANER MORENO, don Juan MESTRE CHESA y don Javier SANCHO SEBASTIÁN.

EXTRACTO

Tras veintitrés años incólume y azotado en los últimos tiempos por las constantes críticas, el longevo Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal puede experimentar en los próximos años su primera actualización mediante la adhesión del nuevo Protocolo negociado entre ambos Estados. En este sentido, la incorporación de este nuevo instrumento internacional bilateral, que deberá superar como principal escollo para su efectiva entrada en vigor los preceptivos mecanismos internos de ratificación de cada Estado parte, supondrá la alteración sustancial de hasta catorce preceptos con un propósito expreso y notorio: la concesión de un mejor trato a las inversiones interestatales, la reducción de la carga fiscal y, por ende, el punto y final a la triangulación de las inversiones. Para el éxito de este objetivo, uno de los principales logros ha consistido en la esencial adulteración de la regulación de los dividendos. Un verdadero *deus ex machina*, que se nos presenta como la resolución definitiva a tantos años de ardua negociación y malestar empresarial, iluminando el nuevo camino a trazar entre las relaciones internacionales de ambos Estados.

Palabras claves: dividendos, Estados Unidos y Convenio de Doble Imposición.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013 / Fecha de revisión: 11-04-2014

THE NEW LEGAL FRAMEWORK FOR DIVIDEND TAXATION BETWEEN SPAIN AND THE UNITED STATES OF AMERICA

Ana Belén Prósper Almagro

ABSTRACT

After twenty-three years intact and flogged by the constant critics in recent times, the long-lived *Convention between the Kingdom of Spain and the United States of America for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion* may experience in the next few years its first update by the adhesion of the new Protocol negotiated between both States. In this specific situation, the incorporation of this new international bilateral agreement, which will have to be ratified by each State in order for it to come into force, will suppose the substantial alteration of up to fourteen articles with an express and well-known intention; this being, the concession of a better treatment to the interstate investments; the reduction of the tax burden and the end of the triangular investments. For the success of this aim, one of the principal achievements has been the amendment of the dividends rules. A real «*deus ex machina*» that presents the definitive solution after so many years of arduous negotiation and social unrest, illuminating the new way to draw in the international relations of both States.

Keywords: dividends, the United States of America and Double Tax Treaty.

Sumario

1. Introducción
2. El tratamiento de los dividendos en el CDI de 1990
3. La Directiva matriz-filial: la eliminación de la multiimposición
4. La transposición de la Directiva matriz-filial al ordenamiento jurídico español y la influencia de los sistemas *holding* europeos
5. El nuevo marco del CDI Hispano-Americano: el freno a la inversión indirecta
6. Consideraciones finales

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

El Convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América (en adelante, CDI España-EUA) para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta data de 1990¹. Casi veintitrés años después y tras un dilatado periodo de tiempo de negociación impulsado por el gobierno americano, el 14 de enero del pasado año se produjo la firma del nuevo Protocolo que regirá de ahora en adelante las relaciones internacionales entre contribuyentes de ambos Estados².

Se cumple, de esta manera, una promesa latente por parte del Gobierno Español, pues ya en febrero del año 2010 con motivo de la invitación al por entonces presidente del Gobierno Español, José Luis Rodríguez Zapatero, al popularmente conocido como *Desayuno de la Oración* que

¹ BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1990.

² CARMONA FERNÁNDEZ, N., coord.: *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS-Wolters-Kluwer, 2007, págs. 43 y ss. «El procedimiento que debe seguirse en un Estado concreto para la aprobación de un CDI se regula en el ordenamiento interno de cada Estado. Por esta razón, el Mod CDI no da ninguna indicación con respecto al procedimiento a seguir para la incorporación a sus respectivos ordenamientos nacionales de los CDIs [...]. En España, la fase inicial de elaboración de los tratados internacionales, es decir, la negociación de los tratados –y entre ellos, los CDIs– corresponde al Ejecutivo [...]. El éxito de la fase negociadora conducirá necesariamente a la adopción y autenticación del Tratado, también competencia del Gobierno [...]. La adopción implica el consentimiento en la redacción definitiva del texto del tratado, mientras que la autenticación es un acto de naturaleza notarial, mediante el cual los negociadores "certifican que ese texto es correcto y auténtico y lo establecen de forma definitiva" [art. 2 d) Decreto 801/1972, de 24 de marzo]. Normalmente, la autenticación se produce mediante el acto de la firma del tratado, que en Derecho español requiere la autorización previa del Consejo de Ministros [art. 5.1 d) Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno y 13 Decreto 801/1972] [...]. A partir de este momento, el procedimiento a seguir por el tratado internacional variará en función de su tipología [...]. Los CDIs se encuentran claramente comprendidos dentro de los grupos a los que se refiere el artículo 94.1 de la CE. La manifestación del consentimiento del Estado (español) para celebrar un CDI con otro Estado se encuentra, por tanto, condicionada a la previa autorización de las Cortes Generales, según dispone el artículo 94.1 de la CE, siendo competencia del Consejo de Ministros remitir los tratados internacionales a la consideración del Legislativo [art. 5.1 d) Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno]. [...] Finalizado el trámite parlamentario, la prestación del consentimiento para obligar a España mediante un tratado, y, en concreto, mediante un CDI, corresponde, por imperativo del artículo 63.2 de la CE, formalmente al Rey, cuyos actos, de conformidad con el artículo 64.2 de la CE serán refrendados por el Ministro de Asuntos Exteriores. Tras el intercambio de instrumentos de ratificación el CDI entrará en vigor y su producción de efectos en España quedará únicamente condicionada a la publicación en el BOE (art. 96.1 CE)».

anualmente se celebra en Washington, se aseguró una revisión inminente del CDI. Sin embargo, han sido necesarios tres años más para la renovación de un Convenio que ya muchos calificaban –como en palabras del ex presidente de la Cámara de Comercio de Estados Unidos en España, Jaime Malet– de «desactualizado»³.

De esta manera, al igual que otros tantos Estados, España se ha visto compelida a mudar su ordenamiento jurídico tributario a fin de evitar que la globalización acarreará consigo una merma de la competitividad de los contribuyentes residentes que invirtiesen en el exterior, fomentándose la canalización de sus inversiones por medio de territorios con un marco normativo más favorable⁴, pero también y esencialmente, en un sentido adverso, esto es, para favorecer las inversiones extranjeras en territorio español y reducir las fórmulas indirectas de negociación con escala en Estados con legislaciones más favorables.

Debemos recordar que uno de los rasgos principales de nuestra economía desde la década de los ochenta ha consistido básicamente en la expansión de los flujos de entrada de la inversión extranjera directa (EID). Sin ir más lejos, según los datos del Registro de Inversiones Exteriores del Ministerio de Economía y Competitividad, en 2013 la *marca* España recibió un 11,3% más de IED en participaciones del capital que el ejercicio anterior y si concretamos por principales países de origen de la inversión, situamos a los Estados Unidos de América en un quinto puesto (5,5%), por detrás de países tales como Reino Unido (6,9%), Países Bajos (8,2%), Luxemburgo (16,0) y en la cabeza de la lista Francia (23,4%)⁵. Sin embargo, y pese a formar los EE. UU. parte de nuestra lista de principales inversores extranjeros, nuestro país se sitúa en el puesto vigésimo séptimo en recepción de productos estadounidenses. Además, a pesar de que en el año 2013 la inversión española en el extranjero aumentó cerca de un 53,7%, siendo los principales países receptores de nuestra inversión Reino Unido (15,4%), Alemania (8,4%), Brasil (8,0%) y Colombia (7,6%), ello no ha llegado a tener impacto alguno por lo que respecta a la inversión en EE. UU., donde podemos observar una drástica caída del 37,4%, siendo incluso desplazado del *pódium* hasta la onceava posición (3,7%).

Bajo estas cifras, el Protocolo que se adherirá al CDI España-EUA nace con un objetivo claro y conciso: el fomento y el aumento de las inversiones extranjeras directas entre ambos países. Para su logro y consecución ha sido necesaria la modificación de hasta catorce artículos del CDI de 1990, incluyendo importantes novedades por lo que respecta a la regulación de los intereses y cánones, las ganancias de capital, el intercambio de información tributaria y esencialmente los dividendos, a cuya nueva regulación le dedicamos el presente trabajo objeto de estudio.

³ NOCEDA, M.: «Un retraso de doble imposición», *El País*, 11 de abril de 2010.

⁴ FERNÁNDEZ CAINZOS, J. J.: «Sector público y fiscalidad internacional en una economía globalizada», *Información Comercial Española*, Ministerio de Economía y Hacienda, núm. 777, 1999, pág. 21.

⁵ Véase el informe elaborado por la Dirección General de Comercio e Inversiones, titulado «Flujos de Inversiones Exteriores Directas 2013», disponible en www.mineco.gob.es.

2. EL TRATAMIENTO DE LOS DIVIDENDOS EN EL CDI DE 1990

Siguiendo las pautas del Modelo de Convenio de la OCDE⁶ de 1977 y del «United States Model Income Tax Convention⁷» de 1981, el artículo 10 del CDI España-EUA fue el elegido para regular la tributación de los dividendos transfronterizos entre ambos Estados. Los Convenios, como pactos o contratos bilaterales que distribuyen según los intereses de ambos Estados las piezas que componen la soberanía tributaria, tienen pues una trascendencia desmesurada, dado que según la regularización que concedan a una determinada renta ello podrá ser, en cierta medida, causa de distorsión o de atracción, según los casos, de las inversiones y actividades internacionales⁸.

Los dividendos, como distribuciones de beneficios hechas a los accionistas o socios de las sociedades, presentan un tratamiento, si bien quiere decirse más sensible o cauteloso, dado que junto a la conocida como doble imposición económica que sufren estas rentas por antonomasia, cuando se trata de dividendos que además son «transfronterizos» deberemos yuxtaponer una nueva doble imposición, en este caso, jurídica y derivada del solapamiento de dos soberanías tributarias

⁶ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (de ahora en adelante OCDE) es, tal y como se define ella misma en sus trabajos, «un foro único en el que las Administraciones trabajan conjuntamente con el fin de afrontar los retos económicos, sociales y medioambientales de la globalización. La OCDE también constituye la vanguardia de los esfuerzos realizados para comprender los avances y ayudar a las Administraciones a responder ante las nuevas áreas de interés como la regulación de las sociedades, la economía de la información y los retos de una población que envejece. La Organización proporciona un marco en el que las Administraciones pueden comparar sus experiencias políticas, buscar respuestas a problemas comunes, identificar las prácticas correctas y trabajar en la coordinación de las políticas nacionales e internacionales». En la actualidad, los Estados miembros de la OCDE son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía.

⁷ Cfr. GARCÍA HEREDIA, A.: *Fiscalidad internacional de los cánones: derechos de autor, propiedad industrial y know-how*, Lex Nova, marzo 2007. «EE. UU. es miembro de la OCDE desde hace más de 30 años y ha participado en el desarrollo y evolución de las diferentes versiones del MC OCDE y, de hecho, los tribunales norteamericanos suelen interpretar los CDI de acuerdo con los Comentarios de las OCDE. Sin embargo, debido a la influencia económica que este Estado tiene en las relaciones fiscales internacionales, ha elaborado su propio Modelo de Convenio para orientar sus negociaciones bilaterales y poner de manifiesto su postura ante la doble imposición y la evasión fiscal internacionales. [...] El MC EE. UU. se completa con unos comentarios a sus artículos denominados Technical Explanation (TE) (explicación técnica). [...] Con carácter general, se puede afirmar que las explicaciones técnicas del MC EE. UU. son el equivalente a los Comentarios del MC OCDE. La diferencia fundamental entre ambos se encuentra en que mientras los Comentarios de la OCDE reflejan el parecer común de todos sus miembros, con sus respectivas reservas y observación, las explicaciones técnicas, por el contrario, representan una visión unilateral de los EE. UU.». El MC EE. UU. y sus Explicaciones Técnicas, cuya última actualización se efectuó en el año 2006, están disponibles en la página web: <http://www.irs.gov/>

⁸ Véase en este sentido el informe relativo a la tributación de las sociedades en el mercado interior o Informe Bolkestein [SEC (2001) 1681]. Su contenido se encuentra disponible en la página web de la Comisión Europea: http://ec.europa.eu/taxation_customs/

desplegadas por dos Estados distintos y auspiciadas por dos principios diferentes como son, por un lado, el principio de territorialidad y, por otro lado, el principio de residencia⁹.

Nos encontramos ante una disyuntiva según la cual, a tenor del primer principio, es el Estado del cual proceden las rentas –Estado de la fuente– el competente para extender su competencia y someter a imposición estos rendimientos; mientras que, según el segundo principio, sería el Estado de la residencia del perceptor de las rentas el que, en coherencia con el principio de gravamen por la renta mundial de los residentes, sería el idóneo para gravar las susodichas rentas. Ahora bien, los Convenios para evitar la Doble Imposición solo establecen mecanismos para paliar la conocida como doble imposición jurídica internacional, delegando a las legislaciones internas de los Estados el establecimiento de los mecanismos adecuados para la erradicación de la doble imposición económica¹⁰.

En este contexto, el artículo 10 del CDI de 1990 arranca de la máxima establecida en el MC OCDE de 1977¹¹ que se basa en el principio de tributación compartida de los dividendos, en el sentido de que los mismos *podrán ser* objeto de gravamen tanto en el Estado de residencia del perceptor (art. 10.1) como en el Estado de donde los dividendos proceden –Estado de la fuente– (art. 10.2), si bien, en este último caso con un límite, el cual no podrá exceder¹² del:

⁹ Cfr. VOGEL, K.: *Double Taxation Conventions*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1997, págs. 9 y 10. «Por la primera doble imposición ha de entenderse el gravamen de la renta de un mismo sujeto pasivo por un mismo periodo (identidad del hecho imponible) en dos países; mientras que la segunda consiste en que una misma renta se grava doblemente, en sede de dos sujetos pasivos, por Estados diferentes».

¹⁰ Como indica el párrafo 41 de los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE 2008 «A diferencia de la noción de doble imposición jurídica, que generalmente tiene un sentido preciso, el concepto de doble imposición económica es más incierto. Algunos Estados no reconocen la validez de este último concepto y otros, más numerosos, no estiman necesario atenuar la doble imposición económica en el plano nacional». Para posteriormente afirmar en el párrafo 56 que el «problema solo se resolverá adecuadamente a nivel de las negociaciones bilaterales, donde se está mejor situado para apreciar la importancia de los respectivos sacrificios y de las ventajas que el Convenio implica para cada Estado contratante».

¹¹ Según la Explicación Técnica adherida al MC EE. UU. de 1981, el mismo Modelo se basa en la regulación otorgada por el ya publicado MC OCDE de 1977 a los dividendos. «Paragraph 1 states that such dividends may be taxed in the State of residence of the recipient. This provision, which is based on the OECD Model, confirms the provision of paragraph 3 of Article 1 (Personal Scope) that each Contracting State reserves the right to tax its residents. Paragraph 2 provides that such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the paying company is a resident for the purposes of its tax, but such tax may not exceed 15 percent of the gross amount of the dividends when the beneficial owner is a resident of the other State».

¹² Cfr. CUBERO, A. y DÍAZ, N.: *Convenios para evitar la doble imposición suscritos por España y Modelo de la OCDE*, Tirant lo Blanch, mayo 2012. «Los Comentarios al Modelo de Convenio señalan que, respecto de este tipo de renta, no sería admisible ningún criterio de tributación exclusiva (ni a favor del país de la fuente ni a favor del país de residencia). Por ello, se opta por un criterio de tributación compartida entre ambos territorios. No obstante, habida cuenta que el país de la fuente ya habrá gravado los beneficios de la sociedad que reparte el beneficio, se considera oportuno limitar el nuevo gravamen sobre tal renta que se producirá en el momento en el que se reparten los dividendos a sus socios. Así, el impuesto exigido en el país de la fuente no excederá del 15% del importe bruto de los dividendos».

- a) 10 % del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo¹³ es una sociedad que posea al menos el 25 % de las acciones con derecho de voto de la sociedad que paga los dividendos.
- b) 15 % del importe bruto de los dividendos en los demás casos.

El artículo 10, siguiendo el *iter* marcado por el MC OCDE de 1977, acto seguido establece en su apartado tercero la definición del término «dividendos». En este sentido, la definición solo ofrece un pequeño cariz o salvedad respecto de la definición general prevista en el Modelo de Convenio de 1977, al incluir dentro de este concepto a «los rendimientos de otras operaciones, incluso las de crédito, que atribuyan el derecho a participación en los beneficios, en la medida en que se consideren como tales por la legislación del Estado contratante del que procedan los rendimientos».

Por su parte, el apartado cuarto establece una excepción a los apartados 1 y 2 del citado precepto al prever expresamente que los mismos no resultarán de aplicación si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente de un Estado contratante pero ejerce a su vez en el otro Estado contratante, en el que es residente la sociedad que paga los dividendos, una actividad industrial o comercial a través de un establecimiento permanente, con el que la participación que genera los dividendos esté vinculada efectivamente; en estos casos, las normas aplicables a estos dividendos serán las propias de los beneficios empresariales (art. 7) o de los servicios personales independientes (art. 15), según proceda. De este modo, en los supuestos en los que resulte de aplicación esta previsión, los dividendos se considerarán como una parte del beneficio del establecimiento permanente y estarán sujetos sin límite alguno a la imposición en el Estado de la fuente.

Finalmente, el apartado quinto contiene la cláusula de exclusión de la imposición extraterritorial de los dividendos salvo en los supuestos tasados en los cuales los dividendos se paguen a un residente o se imputen a un establecimiento permanente o base fija situada en el Estado de la fuente.

Con esta regulación, el CDI España-EUA convivió de manera armoniosa con el resto del panorama internacional, dado que los parámetros establecidos en el mismo eran muy semejan-

¹³ Sobre la cláusula del beneficiario efectivo y su aplicación dinámica: VEGA BORREGO, F.: «El concepto de Beneficiario Efectivo en los Convenios para evitar la Doble Imposición», *Documentos IEF*, núm. 8/05. «El Modelo de Convenio de la OCDE de 1977 introdujo en los artículos 10, 11 y 12 el concepto de beneficiario efectivo. La introducción de este concepto implica que el Estado de la fuente únicamente tenga que aplicar los límites establecidos en el Modelo de Convenio de la OCDE para la tributación en la fuente de los dividendos, intereses y cánones si el beneficiario efectivo de los mismos es una persona que reside en el otro Estado parte del convenio. La cláusula del beneficiario efectivo se incluyó en el Modelo de Convenio de la OCDE para impedir la aplicación de los convenios a las conductas de *treaty shopping*, es decir, a aquellas conductas dirigidas a reducir o evitar la tributación en el Estado de la fuente de unas rentas usando un Convenio que, en principio, no es aplicable. La forma utilizada normalmente consiste en interponer entre los dos Estados contratantes un sujeto residente en un Estado con un convenio más favorable para la operación de que se trate. Este sujeto interpuesto puede ser una persona física o jurídica que actúa por cuenta del titular del rendimiento o bien una entidad a la que se atribuye formal y materialmente la titularidad del rendimiento generado en el Estado de la fuente».

tes a la política sobre dividendos implantada en aquella década. Sin embargo, la transposición de la conocida como *Directiva matriz-filial*¹⁴ a los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea y la renovación de los CDI por determinados países con cláusulas más beneficiosas, sobre todo, en lo que en materia de dividendos respecta, modificó sustancialmente el marco de tributación instaurado hasta el momento.

3. LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL: LA ELIMINACIÓN DE LA MULTIIMPOSICIÓN

La popularmente conocida como Directiva matriz-filial cuyo objetivo declarado en el propio Preámbulo de la normativa consistía en «crear en la Comunidad condiciones análogas a las de un mercado interior y garantizar así el establecimiento y buen funcionamiento del mercado común»¹⁵, data del mismo año en que se produjo la firma del Convenio Hispano-Americano para eliminar la doble imposición económica, esto es, de 1990. Su origen y fundamento debe buscarse en el temor de que «indudablemente la decisión de una empresa de constituir una filial en otro país de la Comunidad puede verse perjudicada por el hecho de que los dividendos que pueda percibir estén sujetos al impuesto sobre sociedades en el país donde tenga su domicilio fiscal y a una retención en origen, no recuperable en el Estado miembro en que estén domiciliadas sus filiales»¹⁶.

De este modo, la Directiva supuso un hito en la regulación de los dividendos transfronterizos entre sociedades de un mismo grupo residentes en Estados miembros diferentes de la Comunidad Económica Europea –actualmente, Unión Europea–, de modo que la distribución de dividendos,

¹⁴ Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes, posteriormente modificada por la Directiva 2003/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003 por la que se modifica la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

¹⁵ Cfr. MAGRANER MORENO, F. J.: *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2009. «Siguiendo un cierto paralelismo con la actividad comunitaria dirigida a armonizar la fiscalidad de las reestructuraciones empresariales, [...] la Comisión, influida por las recomendaciones hechas en el Informe Neumark de 1962, elaboró unos programas de armonización fiscal en 1967, fruto de los cuales fue presentada ante el Consejo en 1969, la *Propuesta de Directiva sobre el sistema común de imposición aplicable a las sociedades matrices y filiales de diferentes Estados miembros*. Esta propuesta, modificada por la propia Comisión en 1985, tenía como objetivo la eliminación de la doble imposición que se provoca en el supuesto de una distribución de dividendos realizada por una filial establecida en un Estado miembro a su sociedad matriz radicada en otro Estado miembro. Así, con dicha actuación armonizadora se buscaba la neutralidad fiscal de este tipo de operaciones en orden a dejar incólume la libre competencia, con el fin de que las empresas se adaptasen a las exigencias del mercado común y se evitase, de este modo, la diferencia injustificada de tratamiento existente entre sociedades matrices y filiales de un mismo Estado y entre las matrices y filiales de diferentes Estados miembros».

¹⁶ MOLINA GÓMEZ-ARNAU, P.: «Apuntes sobre la Directiva del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al Régimen Fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (90/435/CEE)». *Noticias CEE*, 1992, número 84, pág. 81.

tras este nuevo marco jurídico, estaría exenta en el país de residencia de la filial pagadora, y el Estado de residencia de la sociedad matriz perceptora de tales dividendos, de manera recíproca, estaría obligado a eliminar la doble imposición económica que esta hubiera soportado en la obtención de sus beneficios en territorio europeo.

En efecto, la inserción de la Directiva 90/435/CEE –posteriormente modificada por la Directiva 2003/123/CE– apoyada y matizada por la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido a establecer una doble máxima dentro del ámbito comunitario en virtud de la cual:

1. Los beneficios distribuidos por sociedades filiales en territorio comunitario a sociedades matrices establecidas en otros Estados miembros de la Unión Europea estarán exceptuados de gravamen por el Estado de la fuente¹⁷.
2. La doble imposición económica sufrida por la percepción de los susodichos dividendos también será erradicada por el Estado de la residencia¹⁸ –bien por el mecanismo de la exención o bien por el mecanismo de la imputación¹⁹– siempre y cuando se cumplan determinadas condiciones, en concreto:

¹⁷ Una de las novedades más destacadas de la Directiva 2003/123/CE consistió en la ampliación de esta exención a los supuestos de reparto de beneficios por una matriz residente en la Unión Europea a establecimientos sitos en el mismo territorio comunitario.

¹⁸ Cfr. MAGRANER MORENO, F. J.: «Affaire Accor: crónica de una incompatibilidad anunciada y de una inesperada restricción de la defensa del enriquecimiento sin causa», *Revista Aranzadi Quincena Fiscal*, Thomson Reuters Aranzadi, marzo 2013, núm. 6. «Es necesario recordar que de su jurisprudencia se desprende que el Derecho comunitario no impone en especial ningún método para evitar la llamada doble imposición económica, sin embargo, lo que sí que ha venido a decir con claridad meridiana es que, si un Estado establece un método para eliminarla en relación con los dividendos internos, también debe aplicarse este mecanismo a los que procedan de sociedades establecidas en otros Estados miembros. [Véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de julio de 2004, Lenz, C-315/02, Rec. p. I-7063, apartados 20 a 49 (NFJ029120), y de 7 de septiembre de 2004, Manninen, C-319/02, Rec. p. I-7477, apartados 20 a 55 (NFJ018806), así como la sentencia *Test Claimants in the FII Group Litigation*].»

¹⁹ La polémica entre ambos métodos de eliminación de la doble imposición económica internacional es un tema candente en el ámbito del Derecho Tributario Internacional, si bien, el Informe Bolkestein se decanta por el método de exención, en cuanto mejor adaptado al principio de libertad de establecimiento. En el mismo sentido, F. A. GARCÍA PRATS, *Imposición directa, no discriminación y Derecho comunitario*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 232 y ss., donde expresa una preferencia por el método de exención respecto de su adecuación al Derecho comunitario. Igualmente, MAGRANER MORENO, F. J.: *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, *op. cit.*, en la página anterior. «Por su parte, el Informe Ruding constataba en 1992 que la eliminación de las retenciones en el pago de dividendos transfronterizos entre sociedades asociadas, preconizada por la Directiva de matrices y filiales, constituía un primer paso importante hacia la eliminación de la discriminación existente entre la inversión nacional y la extranjera, recomendándose la adopción del método de exención por parte de todos los Estados miembros, a fin de mejorar el grado de neutralidad fiscal locacional. Véase Informe Ruding, *op. cit.*, página 229. El Comité consideró de forma expresa que el método de exención sería preferible por razones de simplicidad administrativa, siempre que fuera acompañado de medidas que evitasen una excesiva competencia fiscal entre los Estados miembros».

- a) Que se trate de entidades que se ajusten al término «sociedad de un Estado miembro»²⁰.
- b) Que entre dichas sociedades exista una relación matriz-filial en los términos previstos por la Directiva, esto es, que la participación existente entre ambas sociedades ascienda a un mínimo del 25 % del capital –a partir del 1 de enero de 2009 la participación mínima exigible a una sociedad de un Estado miembro de otra ubicada en el mismo perímetro comunitario se rebaja a un 10 % del capital–.

Ahora bien, este eficaz mecanismo contra la doble imposición económica se circunscribe, como ya hemos apuntado, a los Estados miembros de la Unión Europea, no permitiéndose, de entrada, su expansión a territorios terceros, motivo por el cual el apartado segundo del artículo primero de la citada Directiva dispone que «La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes o abusos», esto es, la normativa comunitaria no ha optado por implantar cláusulas antiabuso específicas, sino que ha preferido delegar esta facultad a los ordenamientos internos de los Estados miembros.

4. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL Y LA INFLUENCIA DE LOS SISTEMAS HOLDING EUROPEOS

Según el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea «la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios»; por tanto, podemos concluir que la Directiva –a diferencia de los Reglamentos– se constituye como un acto legislativo que define un objetivo a alcanzar de manera vinculante por todos los Estados miembros de la Unión Europea y en la cual solo se perfilan someramente los parámetros o requisitos mínimos que cada país debe acometer, delegando a la normativa interna de cada uno de ellos los medios adecuados para su logro²¹.

²⁰ A efectos de la aplicación de la Directiva, el término «sociedad de un Estado miembro» designa toda sociedad:

1. Que revista una de las formas enumeradas en la nueva lista adjunta a la Directiva 2003/123/CE, en la que se incluyen nuevas entidades jurídicas, como cooperativas, mutualidades, sociedades sin acciones, cajas de ahorro o asociaciones que ejercen actividades comerciales.
2. Que, con arreglo a la legislación fiscal de un Estado miembro, se considere que tiene su domicilio fiscal en dicho Estado y que, a tenor de un convenio en materia de doble imposición, celebrado con un Estado tercero, no se considere que tiene su domicilio fiscal fuera de la Comunidad.
3. Que, además, esté sujeta, sin posibilidad de opción y sin estar exenta, a un impuesto sobre sociedades».

²¹ Sin embargo, el TJCE, desde la Sentencia SACE 33/70 ha decidido que excepcionalmente las disposiciones de una directiva también pueden ser directamente aplicables en un Estado miembro, sin necesidad de un acto de transposición

De esta manera, la implantación del objetivo comunitario a nuestro ordenamiento interno por lo que respecta a la no imposición de los beneficios distribuidos por una filial a su matriz española se halla regulada en los artículos 21 o 31 y 32 de la normativa del Impuesto sobre Sociedades²², y lo hace, bien absteniéndose de gravarlos (método de exención) o bien permitiendo practicar una deducción de la cuota (método de imputación) respectivamente²³. Esto es, nuestro ordenamiento jurídico, ajeno a la latente disputa comunitaria sobre la elección del mecanismo más adecuado para la anulación de la doble imposición económica, ha optado por la introducción de los dos métodos comunitariamente diseñados, si bien bajo ciertos condicionantes.

Así pues, el artículo 21.1 del TRLIS es el encargado de perfilar la aplicación del mecanismo de la exención en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español. Sin embargo, y pese a considerarse como el mecanismo de más fácil aplicación o de más cómodo uso para los contribuyentes, para su efectivo disfrute se exige acumulativamente la presencia de los siguientes requisitos²⁴:

previo del Estado miembro cuando: 1) el plazo de transposición haya vencido y la directiva no haya sido transpuesta o lo haya sido deficientemente; 2) las disposiciones de la directiva sean de contenido suficientemente claro, y 3) las disposiciones de la directiva confieran derechos al ciudadano individual. Se reconoce lo que se ha venido a denominar como el efecto directo vertical de las Directivas. Sobre la aplicación directa de las Directivas véase CANTO GARCÍA, M.: «El efecto directo horizontal en las Directivas y el Tratado de Maastricht», *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia e Interior, n.º 1730-31, págs. 193 y ss. En el mismo sentido, BELLIDO BARRIONUEVO, M.: *La directiva comunitaria*, Universidad San Pablo CEU, editorial Dykinson, Madrid, 2003, págs. 203 y ss.

²² Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (de ahora en adelante TRLIS).

²³ Cfr. RICO DE BLAS, T.: «Análisis crítico del artículo 21 del TRLIS. Alternativas de reforma», *Documentos IEF, Cuadernos de formación*, Colaboración 26/07, volumen 4/2007. «La letra c) del artículo 21.3 del TRLIS dispone que no se aplicará la exención "a las rentas de fuente extranjera que la entidad integre en su base imponible y en relación con las cuales opte por aplicar, si procede, la deducción establecida en los artículos 31 o 32 de esta Ley". Lo anteriormente transcrito permite al sujeto pasivo ejercer la opción entre aplicar la exención del artículo 21 o la deducción de los artículos 31 y 32 del TRLIS, en ambos casos para evitar la doble imposición internacional».

²⁴ Debemos precisar que la concurrencia acumulativa de estos requisitos también se exige por el artículo 21.2 del TRLIS para la aplicación de la exención en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la renta obtenida en la transmisión de la participación en una entidad no residente en territorio español. Sin embargo, la modificación introducida por el Real Decreto-Ley 12/2012, de 30 de marzo, habilita para la aplicación del criterio de la proporcionalidad en esta exención cuando en alguno o algunos de los ejercicios de tenencia de las acciones no se cumpliera con cualesquiera de los requisitos señalados en los epígrafes c) o d).

Del mismo modo, y con efectos a partir del 31 de marzo de 2012, la introducción de la disposición adicional 15.ª al TRLIS en virtud del Real Decreto-Ley 12/2012 ha permitido la incorporación de un nuevo gravamen especial sobre los dividendos y las rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, por virtud del cual los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, que se devenguen hasta el 30 de noviembre de 2012, podrán no integrarse en la base imponible de este Impuesto, mediante la opción del sujeto pasivo por la sujeción al mismo a través de un gravamen especial del 8%. Esta opción, de carácter temporal, podrá ejercitarse cuando los dividendos o participaciones en beneficio cumplan los requisitos establecidos en las letras a), b) y d). La aplicación de este gravamen especial imposibilita la aplicación de la deducción por doble imposición internacional prevista en los artículos 31 y 32 del TRLIS.

- a) Que el porcentaje de participación directo o indirecto en la entidad no residente sea al menos del 5%²⁵.
- b) Que la participación se haya mantenido de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que el dividendo sea exigible, o que se mantenga posteriormente durante el tiempo necesario para completar el susodicho año.
- c) Que la empresa no residente esté gravada por un impuesto extranjero similar al Impuesto sobre Sociedades, entendiéndose cumplido este requisito si existiese un CDI con cláusula de intercambio de información con el país de residencia.
- d) Que las rentas de la entidad no residente procedan del ejercicio de actividades empresariales en el extranjero, para lo cual se aplicará el conocido «Test del 85/15».
- e) Se excluyen los dividendos de entidades residentes en territorios calificados como paraísos fiscales²⁶, aunque en este último caso sí que podría aplicarse el mecanismo de la imputación.

Finalmente, y en similares términos, el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, por virtud del cual se ha incorporado la disposición adicional 17.^a al TRLIS, también permite la aplicación de un nuevo gravamen especial sobre los dividendos y rentas de fuente extranjera derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, que se devenguen hasta el 30 de noviembre de 2012, y que no estando incluidos en la disposición adicional 15.^a del TRLIS, cumplan con los requisitos a) y b). En este supuesto, el gravamen se elevará hasta el 10%.

- ²⁵ Cfr. RUIZ GARCÍA, J. R.: *La tributación de los dividendos procedentes de participaciones en entidades extranjeras*, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, n.º 64, A Coruña. El porcentaje de participación se fija en el 5% y es, por lo tanto, sensiblemente inferior al establecido en los convenios de doble imposición. La elección del 5% como porcentaje mínimo de participación se sitúa en la dirección trazada por el Informe Ruding que había recomendado «a substantial reduction in the participation threshold prescribed in the parent/subsidiary Directive (Phase I)». Como fundamento de la exigencia de una participación mínima suele citarse la conveniencia de dispensar un trato favorable solamente a las participaciones empresariales y excluir del mismo a las inversiones de cartera [...]. No faltan tampoco los autores que propugnan la exención total de los dividendos intersocietarios, lo que implica la supresión del requisito de la participación mínima. Véase en este sentido, RÄDLER, A. «Vorstellungen des EG-Sachverständigenausschusses zur Unternehmensbesteuerung (Ruding-Ausschuss)», en HERZIG (Hrsg.), *Harmonisierung der Körperschaftsteuersysteme in den EUStaaten*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1994, pág. 14. En contra, si se considera que la citada exención se inscribe en el marco de las relaciones matriz-filial, será preciso concluir que debe existir en todo caso alguna participación mínima, porque de lo contrario la sociedad tenedora de la participación no podría ostentar la condición de sociedad matriz. En este sentido, RAMALLO, J., «La Directiva 90/435/CE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales. La experiencia española», *Revista de Información Fiscal*, Lex Nova, 2001, n.º 43.
- ²⁶ Son territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales aquellos enumerados en el artículo 1 del Real Decreto 1080/1991, de 5 julio, y que no hayan firmado con España un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información. En la página web del Ministerio de Economía y Hacienda se puede consultar el listado actualizado de los Convenios de doble imposición suscritos por España (www.meh.es/es-ES/Normativa). Esta lista también la podemos encontrar en el manual de MAGRANER MORENO F. J.: *La imposición sobre las rentas obtenidas en España por artistas y deportistas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pág. 68.

Por su parte, el sistema de imputación como mecanismo capaz de anulación de la doble imposición económica, aparece reglado en los artículos 31 y 32 del TRLIS, después de erigirse como el único sistema válido seleccionado por nuestro legislador para la supresión de la doble imposición económica de fuente interna (art. 30 TRLIS). El artículo 32, bajo la rúbrica «Deducción para evitar la doble imposición internacional: dividendos y participaciones en beneficios», parece el único precepto indicado para la purgación de esta multiimposición; sin embargo, ello no nos debe confundir, pues el artículo 32 se debe aplicar conjuntamente con el artículo 31 en una correcta sintonía²⁷. De este modo, el empleo de este sistema supondrá:

1. El cómputo de los dividendos en la base imponible del socio.
2. La aplicación de una deducción sobre la cuota íntegra del impuesto. En cuanto a la deducción, la misma dependerá de la concurrencia o no de determinados requisitos, de tal modo que si la participación directa o indirecta en el capital de la entidad no residente es de al menos del 5% y la tenencia de las acciones se hubiera poseído de manera incesante durante el año anterior al día en que fuera exigible el beneficio que se distribuyese o, en su defecto, se mantuviese la participación durante al menos ese plazo, la deducción a aplicar sería la prevista en el artículo 32 del TRLIS, esto es, el importe efectivamente pagado por la entidad extranjera, respecto de los beneficios con cargo a los cuales se reparten los dividendos, siempre que su cuantía se integrara en la base imponible.

Como podemos observar, el artículo 32 del TRLIS mantiene algunos de los requisitos también exigidos por el artículo 21 del TRLIS, razón por la cual determinados sujetos son potencialmente aptos para optar por uno u otro mecanismo. En cambio, incumpléndose cualquiera de ambos requisitos exigidos por el artículo 32 del TRLIS, la única deducción válidamente aplicable sería la prevista en el artículo 31, esto es, la menor de las siguientes cantidades: el importe efectivo de lo satisfecho en el extranjero por razón de un gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto o el importe de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por las mencionadas rentas si se hubieran obtenido en territorio español.

En cambio, y por lo que respecta a la exención en origen de los beneficios distribuidos por una filial española a una matriz residente de la Unión Europea, su regulación se ubica en el artículo 14.1 h) del TRLIRNR²⁸. Por tanto, un matiz esencial a destacar es que mientras que para la aplicación de los artículos 21 o 31 y 32 del TRLIS se requiere que la entidad que reparta los dividendos no resida

²⁷ Así lo dispone claramente el artículo 32.3 del TRLIS al prever que «Esta deducción, juntamente con la establecida en el artículo anterior respecto de los dividendos o participaciones en los beneficios, no podrá exceder de la cuota íntegra que en España correspondería pagar por estas rentas si se hubieran obtenido en territorio español. El exceso sobre dicho límite no tendrá la consideración de gasto fiscalmente deducible».

²⁸ Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (de ahora en adelante TRLIRNR).

en territorio español, para la aplicación del artículo 14.1 h) del TRLIRNR necesariamente se exige que la entidad matriz que percibe el beneficio de una filial española sea necesariamente residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, no aplicándose a contrario sensu dicho régimen beneficioso si la entidad perceptora de tales dividendos se encuentra establecida en un territorio tercero.

No obstante, para evitar prácticas abusivas y en coherencia con el apartado segundo del artículo primero de la Directiva matriz-filial anteriormente transcrito, el propio artículo 14.1 h) del TRLIRNR establece una cláusula antielusoria al prever que «Lo establecido en esta letra h) no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posea, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea, excepto cuando aquella realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en esta letra h)». Según la propia Dirección General de Tributos²⁹ la cláusula tiene pues por objetivo atacar las estructuras en las que la creación de una matriz comunitaria por un no residente en la Unión Europea responde a motivos exclusivamente tributarios³⁰.

Un claro ejemplo de cómo podría afectar esta cláusula antiabusiva a la planificación fiscal lo hallamos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2012. Según los antecedentes de dicha resolución una filial ubicada en territorio español y participada al 100% por su matriz holandesa repartía a esta última un beneficio o dividendo, el cual se declaraba exento por la aplicación del régimen de matrices filiales transpuesto en nuestro ordenamiento interno. Ahora bien, dado que la matriz holandesa pertenecía en su totalidad a otra sociedad también domiciliada en Holanda y cuyo capital pertenecía a su vez, en su totalidad a la matriz principal del grupo, una entidad ubicada en los Estados Unidos de América, se consideró de aplicación la cláusula antielusoria prevista en nuestro ordenamiento interno. No obstante, dado que su aplicación pese a ser

²⁹ Vid. CARMONA FERNÁNDEZ, N., coord.: *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, pág. 897, *op. cit.*, primera página.

³⁰ Sobre esta cláusula antiabuso la Comisión Europea (Caso 2005/2275) decidió enviar a España un requerimiento oficial a fin de que modificase dicho apartado por considerar que el mismo automáticamente consideraba abusivo los casos en los que una sociedad española pagaba dividendos a una sociedad establecida en otro Estado miembro que a su vez pertenecía a otra sociedad residente en un país tercero, sin que se analizase caso por caso si verdaderamente se estaba cometiendo dicho abuso. La Comisión declaró que si bien el artículo 1, apartado 2, de la Directiva confería a los Estados miembros cierto margen de discrecionalidad para aplicar las disposiciones nacionales o convencionales que fueran necesarias con el fin de evitar abusos, no obstante, tales medidas debían ser proporcionadas a la finalidad perseguida. El requerimiento adoptó la forma de un dictamen motivado, la segunda fase del procedimiento de infracción contemplado en el artículo 226 del Tratado, suponiendo ello que si España no modificaba su legislación en el plazo de dos meses, la Comisión podría someter el asunto al Tribunal de Justicia. Finalmente, la Comisión Europea desistió de esta advertencia al considerar que efectivamente el precepto otorgaba a los sujetos pasivos los mecanismos necesarios para poder probar su derecho y cumplir así con el principio de proporcionalidad de la medida antiabusiva. Véase a este respecto la página web de la Unión Europea: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-933_es.htm

restrictiva no es automática, se hizo preciso analizar si concurría alguno de los supuestos tasados que excepcionaban la aplicación de la medida antiabusiva, en concreto, si la entidad matriz ejercía una actividad económica directamente relacionada con la filial, o si la entidad matriz ejercía servicios de dirección y gestión a la filial, o si la matriz se había basado en motivos económicos válidos para su constitución.

Obsérvese que por medio de este entramado empresarial, los dividendos pagados por la filial española y que finalmente recibía la entidad americana habían soportado efectivamente una tributación en Holanda muy inferior a la que habrían soportado de haberse remitido directamente desde España a Estados Unidos. El esquema resultante era el siguiente:

- La empresa española abonaba unos dividendos a una entidad domiciliada en Holanda. Al estar domiciliada en un país miembro de la Unión Europea, el pago de los dividendos resultaba exento por aplicación del artículo 46.1 f) de la Ley 43/1995 –actualmente art. 14.1 h) TRLIRNR–.
- Posteriormente, estos dividendos se abonaban a otra empresa europea, por lo que el coste tributario volvía a ser nulo.
- Finalmente, los dividendos se repatriaban desde la entidad holandesa a la matriz americana del grupo soportando en Holanda una tributación del 5%³¹.

Por tanto, si estos dividendos se hubieran repartido directamente por la filial española a la matriz americana, hubiera resultado de aplicación el artículo 10 del Convenio entre España y Estados Unidos de América para evitar la doble imposición de 1990, el cual fijaba una tributación en España del 10%.

En el caso planteado, finalmente se consideró que la matriz holandesa no cumplía con ninguno de los requisitos que habilitarían para la aplicación de la exención, y es más, pese a que la segunda entidad holandesa sí que los cumplía, se consideró igualmente inaplicable la exención al declararse que los citados requisitos debían ser cumplidos y exigidos por la entidad matriz que participase directamente –y no de manera indirecta como en este caso– a la sociedad filial que repartiese los beneficios o dividendos. La consecuencia inmediata fue la aplicación del Convenio de Doble Imposición Hispano-Holandés en cuyo artículo 10 habilitaba a España para efectuar una retención del 10%³².

³¹ Article 10 The Convention between the United States of America and the Kingdom of the Netherlands for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income, signed at Washington on December 18, 1992: However, such dividends may also be taxed in the State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other State, the tax so charged shall not exceed: a) 5 percent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company which holds directly at least 10 percent of the voting power of the company paying the dividends; b) 15 percent of the gross amount of the dividends in all other cases.

³² Según el artículo 10.3 b) del Convenio entre el Reino de España y el Reino de los Países Bajos de 1971: El impuesto español sobre los dividendos pagados por una sociedad residente de España a una sociedad que es residente de los Países

Ante este panorama internacional, en el cual es palpable el temor de los Estados a una elevación de su tributación sobre las rentas volátiles, al vincular dicha acción con una inminente «fuga de capitales», se han ido insertando en los ordenamientos jurídicos de dichos precavidos Estados, verdaderos mecanismos de atracción de estas rentas. Se trata, por tanto, de Estados no calificados tradicionalmente como paraísos fiscales pero que han introducido pequeños «oasis» en sus legislaciones internas, provocando una suerte de «subasta fiscal internacional³³». Entre los aludidos países destacamos por su tradición a Luxemburgo y Holanda, pero también a Portugal, Irlanda, Suecia, Reino Unido y España.

En efecto, la normativa española relativa al Impuesto sobre Sociedades recoge su particular «oasis fiscal» en sus artículos 116 a 119 al regular el régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (en adelante, ETVE), para las llamadas entidades *holding* o de gestión de cartera, es decir, para aquellas sociedades que incluyan entre sus actividades la gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español³⁴. Según el artículo 116 del TRLIS se podrán constituir como ETVE las entidades que cumplan las siguientes condiciones:

1. Que no revistan la forma jurídica de una Agrupación de Interés Económico, española o europea, ni de una Unión Temporal de Empresas. Se excluye igualmente a aquellas entidades que tengan como principal actividad la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario.
2. El objeto social de las entidades que opten por este sistema especial deberán recoger expresamente en sus Estatutos la «actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español»³⁵.

Bajos y cuyo capital esté, total o parcialmente, dividido en acciones no excederá del 10% del importe bruto de los dividendos: 1) Si la sociedad que recibe los dividendos posee el 50% o más del capital de la sociedad que los paga, o 2) Si la sociedad que recibe los dividendos posee el 25% o más del capital de la sociedad que los paga, siempre que por lo menos otra sociedad residente de los Países Bajos posea también el 25% o más del mismo capital.

³³ Véase ALMUDI CID, J. M.: «Planificación fiscal internacional a través de sociedades holding», *Universidad Complutense de Madrid*, Doc. n.º 24/06.

³⁴ A destacar que el régimen de la ETVE, al prever en su normativa interna mecanismos antiabusivos, no fue calificado por el denominado Informe Primarolo –nombre que recibió en honor al Presidente del Grupo de Política Fiscal (Taxation Policy Group) que dirigió la primera reunión, Mrs. Dawn Primarolo– como contrario al Código de Conducta sobre fiscalidad de las empresas adoptado en la Unión Europea. El Informe, tras el análisis de 271 medidas vigentes en los Estados Miembros, concluyó que 66 sí que resultaban perjudiciales. En lo que respecta a España, se incluyeron en dicho listado las normas sobre centro de coordinación del País Vasco y Navarra y el régimen de investigación y explotación de hidrocarburos. En este sentido, LAMADRID DE PABLO, A.: «El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de Estado», *Instituto de Estudios Europeos Centro de Política de la Competencia*, Madrid, n.º 3-2005.

³⁵ ALMUDI CID, J. M.: «Planificación fiscal internacional a través de sociedades holding», *op. cit.*, nota 33. «De esta ración se deduce que la ETVE podrá compaginar libremente en su objeto social la realización de otras actividades

3. La actividad deberá realizarse «mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales»³⁶.
4. Los valores o participaciones representativos de la participación en el capital de la ETVE deberán ser nominativos.
5. La entidad deberá ser residente en territorio español.
6. La comunicación al Ministerio de Hacienda de la opción por la aplicación de este régimen fiscal.

De este modo, concurriendo los mencionados requisitos y tras la rogación de la aplicación del régimen, sin necesidad de aprobación previa por parte de las autoridades fiscales, los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, así como las rentas derivadas de la transmisión de la participación correspondiente, podrán disfrutar de la exención para evitar la doble imposición económica internacional en las condiciones y con los requisitos³⁷ previstos en el artículo 21 del TRLIS, con una ventaja adicional que concierne a la formalidad de la participación mínima y es que a los efectos de esta exención, aun cuando la ETVE no disponga del rígido porcentaje cifrado en el 5% de los fondos propios o del capital de la entidad no residente, podrá igualmente disfrutar de este beneficio fiscal si el valor de adquisición de la participación resulta superior a 6 millones de euros. De esta forma, por medio de la inserción de la *holding* española en nuestro ordenamiento interno, España ha instaurado un mecanismo capaz de competir con jurisdicciones veteranas en la regulación de este tipo de entidades, todo ello en un gran afán de favorecer la internacionalización de las empresas españolas.

distintas a la tenencia de valores de sociedades extranjeras, sin necesidad de que la mayor parte de los rendimientos obtenidos por el sujeto pasivo procedan de la gestión y explotación de su cartera. Esto implica, obviamente, que, en el momento actual, podrán acceder a la aplicación del régimen de ETVE no solo las denominadas entidades de cartera o holding, sino también aquellas entidades que, al margen de cuál resulte su objeto social principal, cuenten en su activo con una participación significativa en entidades no residentes».

³⁶ Según la Dirección General de Tributos en su Consulta 898/2004, de 31 de marzo de 2004 (NFC034972) «La aplicación del régimen de las entidades de tenencia de valores extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 129 de la LIS, requiere, al menos, una mínima actividad consistente en la gestión y administración de los valores poseídos. Para ello ha de disponer de la correspondiente organización empresarial, la cual resultará apreciable en la medida en que se disponga de medios materiales y personales adecuados para tomar las decisiones necesarias en orden a la correcta administración de las participaciones. La entidad tendrá que tener la organización correspondiente, no para controlar la gestión de la entidad participada, sino para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones derivadas de la condición de socio, así como tomar las decisiones relativas a la propia participación. No obstante, esto no supone obligatoriamente que la entidad deba contar con personal asalariado y con un local afecto a dicha actividad. Puede entenderse que existen medios personales adecuados, a estos efectos, cuando algún miembro del Consejo de Administración se ocupe asimismo de la gestión ordinaria de la entidad, medios que se considerará suficientes si con su actividad se lleva a cabo la dirección y la gestión de las participaciones». Finalmente, resulta importante subrayar que la disposición de los medios materiales y personales adecuados para la gestión de la cartera de valores implicará su condición de «beneficiario efectivo» del dividendo en el marco de los CDI.

³⁷ Recordemos que el artículo 21 del TRLIS exigía la superación de unos requisitos o tests para su efectiva aplicación: el test de la participación; el test de la sujeción impositiva; y el test de la actividad 85/15.

Ahora bien, el engranaje perfecto de este sistema se complementa con una adicional y novedosa previsión concerniente a la tributación de la distribución de los beneficios a los socios. En este sentido se permite distinguir entre los beneficios distribuidos a socios personas físicas y jurídicas residentes en territorio español de los beneficios distribuidos a socios personas físicas y jurídicas no residentes. Así pues, cuando el perceptor de las rentas sea una entidad sujeta al Impuesto sobre Sociedades español, los beneficios distribuidos con cargo a rentas no integradas en la base imponible darán derecho a la deducción por doble imposición interna (art. 30 TRLIS), en tanto que si el preceptor de las susodichas rentas es un contribuyente del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas español, los rendimientos distribuidos por la ETVE se integrarán en la renta general del contribuyente, habilitándosele para la aplicación de la deducción por doble imposición internacional respecto de los impuestos pagados por la entidad en el extranjero, correspondientes a las rentas exentas que integran el beneficio (art. 82 LIRPF). En cambio, cuando el perceptor de los beneficios distribuidos por la ETVE con cargo a rentas exentas resulte ser una persona física o una entidad no residente en territorio español, el rendimiento distribuido no se entenderá obtenido en territorio español, y, por tanto, no quedará sujeto a tributación –retención– en nuestro país³⁸.

Sin embargo, la inserción de este propicio mecanismo aplicable a los socios no residentes en territorio español no cuenta con el beneplácito de todos los Estados con los cuales España ha suscrito un CDI. La disputa centra su eje en la no consideración como residente en España a las ETVE por considerar que las mismas no tributan efectivamente en el país de la fuente, motivo por el cual no se pueden calificar como «residentes de un Estado contratante»³⁹. Para salvaguardar esta posición, la DGT española (Consulta 0979/03) reconoció que bastaba la sujeción al Impuesto sobre Sociedades para que las entidades ubicadas en un Estado contratante pudieran aplicar el CDI. Sin embargo, algunos Estados, como Brasil, no han aceptado esta posición de la Administración española, considerando a las ETVE como entidades de régimen fiscal privilegiado, motivo por el cual los dividendos repatriados por este tipo de entidades españolas a sujetos residentes en Brasil no se beneficiarán del CDI. En el mismo sentido, algunos Estados han introducido en sus ordenamien-

³⁸ Adviértase que si no se tratara de una ETVE el tipo de retención aplicable será el previsto en el CDI, y en defecto de este, el tipo general del 19% (durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014 el tipo de gravamen se ha elevado al 21%) previsto por la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes.

³⁹ Recordemos en este sentido que el artículo 4.1 del MC OCDE establece que «la expresión "residente de un Estado contratante" significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo». En este sentido, ALMUDÍ CID se decanta por afirmar que «en aquellos supuestos en los que el sujeto pasivo ha incurrido en la realización del hecho imponible de un tributo que grava su renta mundial, pero disfruta de una exención, debe poder invocar la aplicación del CDI. Mantener lo contrario supondría tanto como incorporar a todos los CDI que siguen el MC OCDE, por la vía de la interpretación, las denominadas cláusulas de sujeción a tributación (*subject-to-tax clauses*), que condicionan la corrección de la doble imposición internacional a que exista tributación efectiva en el país de la fuente, lo que no encaja con la postura formalista que, a estos efectos, ha venido manteniendo el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE al elaborar los Comentarios al artículo 1 del Modelo».

tos internos reglas CFC (*controlled foreign corporations*) con el único objetivo de hacer frente a las estrategias de aplazamiento de ingresos⁴⁰.

En definitiva, podemos concluir que debido a la alta competencia preexistente entre los diversos regímenes de *holdings* europeos, nuestro mecanismo de ETVE ha sido seleccionado como uno de los más beneficiosos por las múltiples ventajas que el mismo ofrece, en esencia, por lo que respecta a la no tributación en sede de los socios de la ETVE. No es de extrañar que empresas tales como Vodafone, Hewlett-Packard, American Express, General Mills o Eli Lilly tengan como punto de conexión el empleo de nuestro país como vehículo fiscal a la inversión; pero, quizás el caso más flagrante del lucro aparejado que el empleo de nuestro «oasis fiscal» puede acometer lo constituye la compañía petrolífera americana «ExxonMobil»⁴¹. La mayor empresa del mundo por valor en Bolsa y la primera por facturación eludió a través de su red de *holdings* el desembolso de ingentes cantidades de dinero. Su ingeniería financiera es bien sencilla: la ETVE española (ExxonMobil Spain) es accionista de la *holding* ExxonMobil Luxembourg et Cie, la cual a su vez cuenta con un gran conglomerado de filiales distribuidas por todo el mundo. El esquema resultante es el siguiente:

- En 2009, ExxonMobil Luxembourg et Cie abonó a ExxonMobil Spain un dividendo de 3.650,9 millones de euros. Por la aplicación de la Directiva matriz-filial, Luxemburgo no practicó retención alguna sobre los susodichos rendimientos. A su vez, en España los dividendos resultaron fiscalmente exentos en virtud del régimen de las ETVE –art. 117 TRLIS–.
- Posteriormente, ExxonMobil Spain abonó a su matriz estadounidense dividendos por importe de 2.265 millones de euros, que igualmente resultaron exentos ex artículo 118 del TRLIS.

Las cifras no dejan lugar a dudas de los enormes beneficios que nuestro sistema de *holding* ofrece a las entidades no residentes, máxime cuando se puede aplicar un mecanismo como el reseñado con la presencia de un único empleado en todo nuestro territorio nacional. De este modo, la batalla

⁴⁰ Un ejemplo que afecta esencialmente a España lo constituye el nuevo régimen implantado en China. En este sentido, la modificación en el año 2008 del artículo 45 de la «China Enterprise Income Tax Law (EITL)» [Order of the President (2007) n.º 63] permitió someter a imposición la parte proporcional de los beneficios no distribuidos por una CFC que le correspondiese a cualesquiera socio u accionista chino. En este sentido, se cataloga como CFC a aquella entidad extranjera que es «controlada» –en los términos del art. 117 del Reglamento– por otra u otras entidades o personas físicas residentes en China y que está constituida en un país o región donde la carga fiscal real es «obviamente menor» que la tasa del impuesto prevista en el artículo 4 de la Ley EIT (es decir, el 25%). Se considera por tributación «obviamente inferior» cuando las tasas efectivas de impuestos en la jurisdicción extranjera sea menor al 50% de la tasa de impuestos en China (es decir, cuando sea inferior al 12,5%). Por tanto, cumpliéndose con los mencionados requisitos, todos los ingresos incluidos en los beneficios contables de la empresa extranjera (incluidos los ingresos pasivos) se atribuyen a la empresa residente en China tributando al tipo estándar del 25% o del 20% si se tratara de una persona física. Ahora bien, debemos tener en consideración que China no aplica estas reglas antiabusivas a todas las CFC, pues el Estado ha elaborado una «lista blanca» de países, entre los cuales no figura España, a los que no resulta de aplicación esta medida antielusiva, entre ellos podemos citar a EE. UU., Reino Unido, Francia, Italia o Alemania.

⁴¹ Cfr. JIMÉNEZ, M.: «La mayor empresa del mundo utiliza España como paraíso fiscal», *El País*, 27 de febrero de 2011.

por la implementación del sistema *holding* europeo más rentable ya está servida, y mientras tanto las Administraciones Tributarias de los Estados inscritos en esta competición continúan cuestionando la frágil línea que delimita el fraude de la planificación fiscal convertida en una verdadera economía de opción. Ahora bien, en cualquiera de los casos, el punto candente de esta situación radica en el hecho de que este régimen meramente puede ser empleado por las entidades que cuenten entre sus actividades con la de gestión de cartera de entidades no residentes, sin ni siquiera exigir una gran estructura empresarial radicada en nuestro perímetro nacional. De este modo, uno de los principales fundamentos de la inserción del nuevo Protocolo, descansa en la idea de expandir un régimen tan provechoso como el instaurado para las ETVE al resto de entidades que ejercen una auténtica actividad económica enclavada en nuestro país y que son a su vez generadoras de empleo y riqueza.

5. EL NUEVO MARCO DEL CDI HISPANO-AMERICANO: EL FRENO A LA INVERSIÓN INDIRECTA

Ya en mayo de 2006, la Junta de Gobierno de la Cámara de Comercio Americana en España, aprobó un documento titulado «White Paper-Renegociación del Convenio Firmado entre España y EE. UU. para evitar la doble imposición y la prevención de evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio». En dicho documento las empresas estadounidenses radicadas en España mostraban su descontento respecto a la regulación «nociva» que ofrecía el CDI en referencia a tres materias: el tratamiento de las ganancias de capital, de los cánones y de los dividendos.

La situación se volvió más tensa si cabe debido al hecho de que los Estados Unidos de América habían renegociado en los últimos años el CDI con la mayoría de los países de la Unión Europea (a título de ejemplo: Holanda y Francia en 2004; Bélgica, Dinamarca y Alemania en 2006), lo que de buena manera propiciaba aún más la inversión de los EE. UU. en España de una manera indirecta, esto es, a través de sociedades base, radicadas en algún otro país europeo. Según datos del Registro de Inversiones Extranjeras del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, comentadas por la Cámara de Comercio de EE. UU. en España «el *stock* de inversión neta acumulada en 2007 procedente de EE. UU. ascendía a 44.500 millones de euros por país último de la inversión pero tan solo a 15.700 millones por país inmediato. La diferencia, de 28.800 millones (el 64% del total), muy superior a la diferencia que arroja cualquier comparación de las cifras entre inversión directa e indirecta recibidas de cualquier otro país, pone de manifiesto la triangulación que tienen que llevar a cabo las empresas estadounidenses para evitar los efectos perniciosos de un Convenio de Doble Imposición muy poco atractivo para el fomento de la inversión. La diferencia entre las cifras de *stock* de inversión neta acumulada directa e indirecta recibidas desde EE. UU. son sustancialmente menores en la mayoría de los países de nuestro entorno, dotados de mejores convenios de doble imposición con los EE. UU. Asimismo, ningún otro país inversor en España refleja similares diferencias entre las cifras de *stock* de inversión directa e indirecta»⁴².

⁴² Principales cuestiones a debatir en una eventual renegociación del Convenio para evitar la Doble Imposición Internacional entre EE. UU. y España, *American Chamber of Commerce in Spain*, Octubre 2009.

Estos datos ponen de manifiesto de una manera más clarividente la pérdida del atractivo que como país de inversión España ofrecía en 1990, cuando ostentaba unas características diferenciales respecto del resto de Estados de la Unión Europea que actualmente ya no acontecen. De modo que, ante esta crítica situación, pernicioso a fin de cuentas para ambos Estados, nos situamos en el pasado año, en el cual definitivamente se produjo la firma del nuevo Protocolo que modificará el CDI España-EUA; veamos pues cuáles son las principales novedades que establece esta nueva regulación en relación con los denominados dividendos transfronterizos:

1. Se modifica el **apartado segundo del artículo 10** que queda redactado de la siguiente manera: «2. Sin embargo, dichos dividendos pueden someterse también a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos, y conforme a la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante, salvo que se disponga de otro modo, el impuesto así exigido no podrá exceder del:
 - a) 5 por ciento del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que posea directamente al menos el 10 por ciento de las acciones con derecho de voto de la sociedad que paga los dividendos;
 - b) 15 por ciento del importe bruto de los dividendos en los demás casos.

Este apartado no afecta a la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos».

Se trata de una modificación que esencialmente concierne al principio de tributación compartida. Como ya indicábamos anteriormente, los CDI han optado tradicionalmente por habilitar tanto al Estado de residencia del percceptor de los dividendos (art. 10.1) como al Estado del cual los dividendos proceden –Estado de la fuente– (art. 10.2) para someter a gravamen estos rendimientos, si bien, en este último Estado con un límite que tras la modificación practicada se reduce considerablemente del 10 al 5%. Así mismo, también se suaviza el porcentaje de participación que la entidad perceptora de los dividendos debe disponer para disfrutar de este beneficio fiscal, reduciéndose dicha participación del 25% de las acciones con derecho de voto al 10% de ellas.

En este sentido, podemos esclarecer que este nuevo apartado ha sido importado directamente del «United States Model Income Tax Convention of november 15, 2006», el cual en su artículo 10 reproduce el mismo texto legal. De este modo, para la comprensión íntegra de este apartado, resultará esencial la remisión constante al «United States Model Technical Explanation Accompanying the United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006» (de manera abreviada, *Technical Explanation* o TE) esencialmente en aquellos aspectos no definidos o reflejados en los Comentarios al MC OCDE del año 2010. En este sentido, una pequeña diferencia existente entre ambos Modelos de Convenio descansa en el hecho de que mientras que el MC OCDE establece como premisa para la aplicación del tipo reducido la tenencia de al menos el 25% del capital de la sociedad que paga los dividendos, el MC EE. UU. del año

2006, opta, tal y como ha sido trasladado a este nuevo Protocolo, por la exigencia de la tenencia de al menos un 10% de las acciones con derecho de voto de la sociedad que paga los dividendos⁴³. En este sentido, y a falta de que los Comentarios al MC OCDE del año 2010 nos ofrezcan una definición del término «acciones con derecho a voto», las Explicaciones Técnicas adheridas al MC EE. UU. del año 2006 establecen al respecto que se entenderá por tal aquellas acciones que proporcionen al socio el poder de elegir, designar o sustituir a cualquier persona dotada de las competencias habitualmente ejercidas por la junta directiva de una compañía estadounidense.

En cuanto a la forma de la concesión del beneficio, las Explicaciones Técnicas nos ofrecen una alternativa al prever que esta ventaja fiscal se podrá conceder bien al momento del pago del dividendo a través de la reducción de la retención en la fuente o bien aplicando la retención íntegra y procediendo al reembolso posterior del excedente, pero siempre y cuando tales procedimientos se aplicaran de manera razonable.

Finalmente, y por lo que respecta al momento en el cual se debe exigir la tenencia de esa mínima participación para la aplicación de la reducción de la retención, el TE nos indica que deberemos estar a la fecha en la cual se determine el derecho a los dividendos, y especifica que, en el caso del reparto de un dividendo procedente de una empresa estadounidense, la determinación del susodicho umbral de propiedad se deberá cumplir en la fecha del denominado «*record date*», esto es, el momento en el cual la empresa busca en sus registros quiénes son los accionistas de la entidad, momento previo a la fecha del pago del dividendo o «*date of payment*». En cambio, y si nos remitimos a los Comentarios del MC OCDE del año 2010 los mismos establecen sobre este particular que «Ello significa que, con relación a la participación, solo cuenta la situación existente en el momento en que nace la sujeción al impuesto al que se aplica el apartado 2; es decir, en la mayor parte de los casos, la situación existente en el momento en que los dividendos son legalmente puestos a disposición de los accionistas» (párrafo 16 de los Comentarios al art. 10). Parece así que ambos Comentarios han optado por la no exigencia de la retención de dicha participación durante un periodo previo dilatado al reparto de los beneficios, si bien, las Explicaciones Técnicas incluyen una mejor definición de aquello que se debe entender por «fecha en la cual nace el derecho a los dividendos».

2. Se introduce un novedoso **apartado tercero** en los siguientes términos: «3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, dichos dividendos no se someterán a imposición en el Estado contratante en el que reside la sociedad que paga los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad residente del otro Estado contratante que haya poseído, directa o indirectamente a través de uno o más residentes de cualquiera de los Estados contratantes, acciones que representen el 80% o más del capital con dere-

⁴³ Según el párrafo 15 de los Comentarios al artículo 10 del MC OCDE del año 2008 «Los Estados contratantes, en sus negociaciones bilaterales, pueden separarse del criterio del "capital" convenido en la letra a) del apartado 2 y utilizar, por ejemplo, el criterio del "derecho a voto».

cho de voto de la sociedad que paga los dividendos, durante un periodo de 12 meses que concluya en la fecha en la que se determina el derecho a percibir el dividendo y:

- a) Satisfaga las condiciones del apartado 2 c) del artículo 17 (Limitación de beneficios⁴⁴).
- b) Satisfaga las condiciones del apartado 2 e) del artículo 17, siempre que la sociedad satisfaga las condiciones descritas en el apartado 4 de ese artículo en relación con los dividendos⁴⁵.

⁴⁴ El Protocolo también ha introducido importantes modificaciones en el artículo 17 del Convenio Hispano-Americano en virtud del cual «Salvo que se disponga de otro modo en este artículo, un residente de un Estado contratante no tendrá derecho a los beneficios que este Convenio otorga a los residentes de los Estados contratantes, excepto si dicho residente es una "persona calificada" tal como se define en el apartado 2 de este artículo». Debemos advertir que el cumplimiento de estos requisitos y su análisis riguroso por la entidad perceptora de los dividendos va a resultar esencial para la aplicación o no de este beneficio fiscal, convirtiéndose este caótico conjunto de requisitos en uno de los principales hándicaps con los que cuenta la exención.

De este modo, y por lo que respecta a este apartado «2. Un residente de un Estado contratante será una persona calificada en un ejercicio fiscal si es: c) una sociedad, si:

- i) Su clase principal de acciones (y cualquier clase de acciones desproporcionadas) cotiza regularmente en uno o más mercados de valores reconocidos, y bien: A) su clase principal de acciones cotiza mayoritariamente considerando uno o más mercados de valores reconocidos situados en el Estado contratante del que la sociedad es residente (o, en el caso de una sociedad residente en España, en un mercado de valores reconocido situado en la Unión Europea o, en el caso de una sociedad residente en los Estados Unidos, en un mercado de valores reconocido situado en otro Estado que sea parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte); o B) su sede principal de dirección y control está en el Estado contratante del que es residente.
- ii) Al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones (y al menos el 50 por ciento de cualquier clase de acciones desproporcionadas) de la sociedad pertenecen, directa o indirectamente, a cinco o menos sociedades que puedan acogerse a los beneficios del Convenio en virtud de la letra i) de este subapartado, siempre que, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea residente de cualquiera de los Estados contratantes».

⁴⁵ Según el apartado 2 e) del artículo 17 del Protocolo «e) una persona, que no sea persona física, si: al menos en la mitad de los días del ejercicio fiscal, las personas residentes de ese Estado contratante y que tengan derecho a los beneficios del Convenio de acuerdo con el subapartado a), el subapartado b), la letra i) del subapartado c), o el subapartado d) de este apartado, poseen directa o indirectamente acciones u otras participaciones que representen al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor (y al menos el 50 por ciento de cualquier clase de acciones desproporcionadas) de la persona, siempre que, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea residente de ese Estado contratante, y menos del 50 por ciento de la renta bruta de la persona en el ejercicio fiscal, se pague o devengue, directa o indirectamente, a personas no residentes de ninguno de los Estados contratantes con derecho a los beneficios del Convenio de acuerdo con el subapartado a), el subapartado b), la letra i) del subapartado c), o el subapartado d) de este apartado, en forma de pagos deducibles a efectos de los impuestos comprendidos en el ámbito de este Convenio en el Estado de residencia de la persona. A estos efectos, dichos pagos deducibles no incluyen los pagos de plena competencia efectuados en el curso ordinario de la actividad de prestación de servicios o por bienes tangibles, ni los pagos realizados en relación con obligaciones financieras a un banco no vinculado con el pagador».

Por su parte, el apartado 4 del artículo 17 establece que:

- «a) Un residente de un Estado contratante tendrá derecho a los beneficios del Convenio respecto de un elemento de renta procedente del otro Estado, con independencia de que ese residente sea una persona calificada, si el residente ejerce activamente una actividad económica en el Estado mencionado en primer lugar (distinta de la actividad de inversión o gestión de inversiones por cuenta del residente, a menos que se trate de actividades bancarias, de

- c) Tenga derecho a los beneficios del Convenio respecto de los dividendos en virtud del apartado 3 del artículo 17⁴⁶.
- d) Se le hayan concedido los beneficios del Convenio en virtud del apartado 7 del artículo 17, en relación con este apartado⁴⁷».

Se trata de uno de los mayores logros alcanzados tras la firma de este Protocolo, produciéndose efectivamente la quiebra del principio de tributación compartida, dado que con la introducción de este apartado el Estado de la fuente se abstendrá de someter a gravamen los dividendos que distribuye si se cumplen los siguientes requisitos:

-
- seguros o de valores llevadas a cabo por un banco, una entidad de seguros o un agente de valores registrado), y la renta procedente del otro Estado contratante se obtenga en relación con esa actividad o sea incidental a la misma.
- b) Si un residente de un Estado contratante obtiene un elemento de renta de una actividad económica ejercida por ese residente en el otro Estado contratante, u obtiene un elemento de renta procedente del otro Estado contratante de una persona vinculada, las condiciones descritas en el subapartado a) se entenderán cumplidas respecto de ese elemento de renta, solo si la actividad económica ejercida por el residente en el Estado contratante mencionado en primer lugar es sustancial en relación con la actividad económica ejercida por dicho residente o persona vinculada en el otro Estado contratante. A los efectos de este apartado, la determinación de si una actividad económica es sustancial se determinará teniendo en cuenta los hechos y circunstancias.
 - c) A los efectos de la aplicación de este apartado, las actividades desarrolladas por personas relacionadas con una persona se considerarán desarrolladas por dicha persona. Una persona está relacionada con otra si posee una participación de al menos el 50 por ciento en la otra (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad o de la participación en el capital de la sociedad) u otra persona posee al menos el 50 por ciento de la participación (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad o de la participación en el capital de la sociedad) en cada persona. En cualquier caso, se considera que una persona está relacionada a otra cuando, de acuerdo con los hechos y circunstancias del caso, una de ellas tiene el control de la otra o ambas se encuentran bajo el control de una misma persona o personas.»

⁴⁶ Según el apartado 3 del artículo 17 del Protocolo «3. Las sociedades residentes en un Estado contratante podrán optar también a los beneficios de este Convenio si:

- a) Al menos el 95 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de sus acciones (y al menos el 50 por ciento de cualquier clase de acciones desproporcionadas) pertenecen, directa o indirectamente, a siete o menos beneficiarios equiparables siempre que, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea residente de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte del Tratado de Libre Comercio de América del Norte; y
- b) Menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad en el ejercicio fiscal, según se determine en el Estado de residencia de esta, se pague o devengue, directa o indirectamente a personas que no sean beneficiarios equiparables en forma de pagos (sin incluir los pagos de plena competencia efectuados en el curso ordinario de la prestación de servicios o por bienes tangibles, ni los pagos realizados en relación con obligaciones financieras a un banco no vinculado con el pagador), que sean deducibles a efectos de los impuestos comprendidos en el ámbito de este Convenio en el Estado de residencia de la sociedad.»

⁴⁷ Según el apartado 7 del artículo 17 del Protocolo «Cuando un residente de un Estado contratante no sea una persona calificada conforme al apartado 2 de este artículo, ni tenga derecho a los beneficios del Convenio en virtud de los apartados 3 o 5 de este artículo, ni tenga derecho a los beneficios respecto de un elemento de renta en virtud del apartado 4 de este artículo, la autoridad competente del otro Estado contratante podrá concederle los beneficios del Convenio, o los referidos a un elemento de renta concreto, cuando la justificación para dicha concesión se base en el análisis del grado de cumplimiento del residente de los requisitos de los apartados 2, 3, 4 o 5 de este artículo, y previa consideración de la opinión de la autoridad competente del Estado contratante mencionado en primer lugar, si la hubiera emitido, respecto de la idoneidad de dicha concesión de beneficios en esas circunstancias».

- i. El beneficiario efectivo es una sociedad residente en el otro Estado contratante que haya poseído directa o indirectamente acciones que representen el 80% o más del capital con derecho a voto de la sociedad que paga los dividendos;
- ii. Durante un periodo de 12 meses que concluya en la fecha en la que se determina el derecho a percibir el dividendo.
- iii. Que la sociedad perceptora de los dividendos cumpla con cualesquiera de las cuatro condiciones previstas en el artículo 17.2 c), e), 3 o 7, precepto dedicado a la Limitación de los Beneficios (LOB).

Merece la pena destacar que esta novedad legislativa no aparece reflejada ni en el MC OCDE del año 2010 ni en el MC EE. UU. del año 2006 y sin embargo se está convirtiendo en una fórmula habitualmente empleada por los Estados Unidos de América en sus CDI (a título de ejemplo: el Protocolo del año 2001 firmado con Australia; el Protocolo del año 2006 firmado con Alemania; el nuevo Protocolo del año 2009 firmado con Francia, etc.).

Así pues, a falta de la publicación del respectivo *Technical Explanation* que se adherirá a nuestro Protocolo, y con aras a una mejor comprensión de esta nueva cláusula, nos remitimos a las Explicaciones Técnicas que se han adherido al recién negociado Protocolo entre EE. UU. y Alemania y que en esencia también recoge en su artículo 10 una previsión exacta a la instaurada en nuestro nuevo instrumento bilateral. De este modo, podemos alcanzar una mejor idea del motivo por el cual se ha introducido este nuevo beneficio fiscal –la eliminación de la retención o del «withholding tax»– pero condicionado a un requisito particular, esto es, que la entidad perceptora de los dividendos se considere como una persona «calificada».

Pues bien, según el TE del Protocolo entre EE. UU. y Alemania, las empresas se podrán beneficiar de esta ventaja fiscal –de la misma manera que se ha importado a nuestro Protocolo– solo si también: a) cumplen con el llamado «The publicly traded» test definido en el subapartado 2 c) del artículo dedicado a la Limitación de los Beneficios; b) o cumplen acumulativamente con los denominados tests «The ownership-base erosion» and «The active trade or business» descritos en el subapartado 2 f) –en nuestro Protocolo, subapartado 2 e)– del artículo referente a la Limitación de los Beneficios; c) o cumplen con el test «The derivative benefits» del párrafo 3.º del precepto regulador de la Limitación de Beneficios; d) o le son conferidos estos beneficios por la autoridad competente en los extremos previstos por el párrafo séptimo de la cláusula de Limitación de Beneficios⁴⁸.

Las Explicaciones Técnicas nos ofrecen una razón a estas concretas limitaciones al prever que estas restricciones son necesarias derivadas del hecho de que los Estados Unidos de América tienen relativamente pocos tratados que prevean la eliminación

⁴⁸ Vid. BARRAGE, R. H. y. NAUHEIM, S. A: «U. S. Inbound Treaty Developments: Traps for the Unwary», *OFII Tax Conference*, May 3, 2008.

del «*withholding tax*» en materia de dividendos interempresariales. De este modo, estas restricciones adicionales están encaminadas a evitar que las empresas se reorganicen con el único fin de apropiarse de esta nueva ventaja fiscal en circunstancias en las cuales la «Limitación de Beneficios» no proporciona suficiente protección contra el «*treaty-shopping*». A continuación, *The Technical Explanation* nos ofrece un claro ejemplo de las consecuencias aparejadas que la no inserción de estas medidas podría llegar a acarrear:

«Imaginemos que ThirdCo es una sociedad residente en un tercer país que no tiene un tratado tributario con los Estados Unidos que prevea la eliminación de la retención en la entrega de dividendos. ThirdCo posee directamente el 100% de las acciones con derecho a voto de UsCo, una empresa norteamericana, y de GCO, una empresa alemana que fabrica reproductores. UsCo distribuye estos aparatos en Estados Unidos. Si ThirdCo aporta a GCO todas las acciones de UsCo, los dividendos pagados por UsCo a GCO tendrían inmediatamente derecho a los beneficios del Convenio bajo el test del "*active trade or business*" regulado en el párrafo 4.º de la cláusula de Limitación de Beneficios. Sin embargo, si permitimos que ThirdCo se apropie de estas ventajas, a las cuales no tendría acceso en virtud de su CDI con Estados Unidos, se estaría animando al "*treaty-shopping*". De este modo, y para evitar este tipo de abusos, el párrafo 3.º de la cláusula de limitación de beneficios exige a GCO el cumplimiento no solo del test "*active trade or business*", que claramente cumple, sino también conjuntamente el test "*the ownership-base erosion*" [...].»

3. Se introduce un nuevo **apartado cuarto** en los siguientes términos: «4. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, los dividendos no podrán someterse a imposición en el Estado contratante en el que reside la sociedad que paga los dividendos si:
 - a) El beneficiario efectivo de los dividendos es un fondo de pensiones residente del otro Estado contratante que, en términos generales, esté exento de imposición o sujeto al impuesto a tipo cero.
 - b) Dichos dividendos no proceden de la realización de una actividad económica por el fondo de pensiones o a través de una empresa asociada».

Se trata una vez más de una excepción al principio de tributación compartida, pues por medio de esta cláusula se le imposibilita al Estado de la fuente de la renta el sometimiento a gravamen de dichos rendimientos siempre y cuando se cumplan acumulativamente los anteriores requisitos.

A reseñar que esta nueva previsión también ha sido incorporada directamente desde el MC EE. UU. del año 2006. De esta manera, según las Explicaciones Técnicas, la medida alcanza sentido dado que los fondos de pensiones normalmente no pagan impuestos y, por lo tanto, no se pueden beneficiar de un crédito fiscal extranjero. Además, las distribuciones de un fondo de pensiones generalmente no ostentan el carácter de «*underlying income* o renta subyacente», por lo que el beneficiario de la

pensión no está en condiciones de reclamar un crédito fiscal extranjero cuando finalmente recibe la pensión, en muchos casos, años después de que la retención hubiera sido practicada. En consecuencia, en ausencia de esta norma, es casi seguro que los dividendos estarían sujetos a una irremediable doble imposición. Adviértase que además, y en el ámbito de la Unión Europea, la Comisión Europea ya exigió desde el año 2007 la supresión de la retención sobre los dividendos obtenidos por fondos de pensiones establecidos en otros Estados miembros de la Unión Europea, cuando la normativa interna de los Estados miembros previesen para los fondos de pensiones nacionales una exención en los mismos términos. El fundamento de esta armonización descansaba en la protección de la clásica idea comunitaria formulada por el entonces Comisario de Tributación y Aduanas, Laszlo Kovacs, de que un Estado miembro no puede hacer tributar los dividendos pagados a inversores residentes en otros Estados de forma más gravosa que los pagados a residentes del mismo Estado⁴⁹.

4. Se modifica el **apartado quinto** dedicado a la definición del término «dividendos» que queda redactado en los siguientes extremos: «5. El término "dividendos" empleado en este artículo significa los rendimientos de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las partes de fundador u otros derechos que permitan participar en los beneficios, excepto los de crédito, así como las rentas sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado en que resida la sociedad que los distribuye».

De esta manera, el Protocolo opta por introducir la definición establecida en el MC OCDE, por virtud de la cual se excluyen de esta definición los créditos que dan derecho a participar en los beneficios así como los intereses de las obligaciones convertibles.

5. Se modifica por medio de la inclusión de los **apartados séptimo, octavo y noveno** la denominada exclusión a la imposición extraterritorial de los dividendos en los siguientes términos:

«7. Un Estado contratante no podrá exigir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por una sociedad residente del otro Estado contratante, salvo en la medida en que los dividendos se paguen a un residente del Estado contratante mencionado en primer lugar, o los dividendos estén vinculados efectivamente a un establecimiento permanente o a una base fija situados en ese Estado contratante, ni someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los mismos, excepto según lo dispuesto en el apartado 8 de este artículo, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese Estado contratante.

⁴⁹ Vid. MORANDO, A.: «La devolución de retenciones sobre dividendos de la UE», *Know Tax & Legal*, KPMG Abogados, enero-febrero 2009.

8. Una sociedad residente de uno de los Estados contratantes y que tenga un establecimiento permanente en el otro Estado contratante o que esté sujeta a imposición en el otro Estado contratante sobre una base neta por razón de la renta que pueda someterse a imposición en el otro Estado contratante en aplicación del artículo 6 (Rentas inmobiliarias) o en aplicación del apartado 1 del artículo 13 (Ganancias de capital) pueden someterse en ese otro Estado a un impuesto adicional al impuesto que pueda aplicarse con arreglo a las restantes disposiciones de este Convenio. Sin embargo, dicho impuesto únicamente podrá aplicarse sobre la parte de los beneficios empresariales de la sociedad que sean atribuibles al establecimiento permanente y sobre la parte de la renta sujeta al impuesto en virtud del artículo 6 o del apartado 1 del artículo 13 que, en el caso de los Estados Unidos, constituye la cuantía equivalente al dividendo sobre dichos beneficios o renta y, en el caso de España, constituye el importe de renta (Imposición Complementaria) determinado conforme al Impuesto sobre la Renta de no Residentes español, regulado en el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado mediante Real Decreto Legislativo de 5/2004, de 5 de marzo, con las modificaciones que corresponda.

9. El impuesto al que se refiere el apartado 8 de este artículo no podrá exceder del tipo impositivo que se especifica en el subapartado a) del apartado 2 de este artículo. En cualquier caso, no podrá aplicarse sobre una sociedad que: a) satisfaga las condiciones del apartado 2 c) del artículo 17; b) satisfaga las condiciones del apartado 2 e) del artículo 17, siempre que la sociedad satisfaga las condiciones descritas en el apartado 4 de ese artículo en relación con un elemento de renta, beneficio o ganancia señalado en el apartado 8 de este artículo; c) tenga derecho a los beneficios del Convenio en virtud del apartado 3 del artículo 17 respecto de un elemento de renta, beneficio o ganancia descrito en el apartado 8 de este artículo; o d) se le hayan concedido los beneficios del Convenio en virtud del apartado 7 del artículo 17 en relación con este apartado».

De este modo, el Protocolo en su apartado 7 excluye la llamada imposición extraterritorial de los dividendos, es decir, la práctica de los Estados que gravan los dividendos distribuidos por una sociedad no residente exclusivamente porque los beneficios sociales que sirven a tal distribución de dividendos proceden de su territorio. La prohibición de extraterritorialidad conlleva a que si una sociedad del Estado A obtiene beneficios en el Estado B (por ejemplo, si son producidos por medio de un establecimiento permanente situado en este territorio) y los distribuye a sus accionistas, esos dividendos no podrán ser gravados por el Estado B, basándose en el hecho de que los dividendos proceden de beneficios generados en su territorio. Ahora bien, esta regla general tiene algunas excepciones, en particular, si el dividendo se paga a un residente del Estado de la fuente (Estado B) o si la participación que origina el dividendo se conecta a un establecimiento permanente de la sociedad que lo distribuye en el Estado de la fuente. Esta idea se establece en coherencia con la normativa interna estadounidense que desde la «*American Jobs Creation Act of 2004*» ya suprimió esta retención «secundaria» de su ordenamiento jurídico.

Además, el apartado 7 establece una segunda previsión, en concreto, que las sociedades no residentes no sean sometidas a impuestos especiales sobre los beneficios no distribuidos; sin embargo, acto seguido establece que ello será «excepto según lo previsto en el apartado 8». De esta manera, otra de las novedades que refleja el Protocolo consiste en la supresión del artículo 14 del Convenio dedicado a la «Imposición sobre las Sucursales» por la introducción de este nuevo párrafo octavo al artículo 10 encargado de regular un auténtico gravamen complementario, que exceptúa la regla general de no imposición de los beneficios no distribuidos por entidades no residentes, y que se basa en las siguientes singularidades:

1. Debe tratarse de una sociedad residente en uno de los Estados contratantes y que tenga o bien un establecimiento permanente en el otro Estado contratante o bien que esté sujeta a imposición en el otro Estado contratante sobre una base neta en virtud del artículo 6 (rentas inmobiliarias) o del apartado 1 del artículo 13 (ganancias de capital).
2. El impuesto solo podrá recaer sobre la parte de los beneficios empresariales de la sociedad que sean atribuibles al establecimiento permanente y sobre la parte de la renta sujeta al impuesto en virtud del artículo 6 o del apartado 1 del artículo 13.
3. El impuesto no podrá exceder del 5%.
4. Este impuesto adicional no podrá aplicarse sobre determinadas entidades, en concreto, las que cumplan las condiciones del artículo 17.2 c), e) y artículo 17.3 y 7.

Se trata pues de un impuesto complementario muy excepcional que en nuestro ordenamiento interno se halla previsto en el apartado segundo del artículo 19 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes y en cuyo apartado tercero expresamente declara que el mismo no resultará de aplicación a aquellos establecimientos permanentes cuya casa central tenga su residencia fiscal en otro Estado de la Unión Europea, salvo que se trate de un país o territorio considerado como paraíso fiscal, o en un Estado que haya suscrito con España un Convenio para evitar la doble imposición, en el que no se establezca expresamente otra cosa, siempre que exista un tratamiento recíproco.

De modo que, previéndose expresamente esta cláusula nuevamente en el Protocolo⁵⁰ y siendo su carácter recíproco para ambos Estados contratantes, debe entenderse

⁵⁰ Ya en las Observaciones a los Comentarios del apartado 5 del artículo 10 del MC OCDE 2008 se establece expresamente que «Estados Unidos se reserva el derecho a gravar con su impuesto sobre sucursales las rentas de una sociedad atribuibles a un establecimiento permanente situado en sus territorios».

plenamente aplicable este gravamen complementario a los establecimientos permanentes de entidades residentes en el otro estado contratante, si bien con un límite reducido del 5 % –anteriormente el art. 14 del Convenio establecía un gravamen del 10 %–.

Además, y como salvaguarda de este gravamen complementario, la nueva redacción conferida al apartado tercero del artículo 25 (No discriminación) es tajante al prever que: «Las disposiciones de este artículo no podrán interpretarse en el sentido de impedir a un Estado contratante aplicar el impuesto conforme a lo previsto en el apartado 8 del artículo 10 (Dividendos)».

Por otra parte, y en cuanto a la regulación de la supresión de la doble imposición, debemos remitirnos al artículo 24 del CDI de 1990, el cual no ha experimentado variación alguna en el curso de la negociación. Según dicho precepto, en España la doble imposición se evitará, de acuerdo con nuestra legislación interna, de la siguiente manera: a) permitiendo la deducción de un importe igual al efectivamente pagado en los Estados Unidos, sin que pueda exceder de la parte del impuesto sobre la renta, calculado antes de la deducción, correspondiente a las rentas obtenidas; b) cuando la entidad española detente el 25 % del capital de la sociedad estadounidense que paga el dividendo, para la determinación del crédito fiscal se podrá tomar en consideración, además del importe anterior, el impuesto efectivamente pagado por la sociedad americana respecto de los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos, en la cuantía correspondiente a tales dividendos, pero siempre y cuando se incluya dicha cuantía en la base imponible de la entidad española; c) si de conformidad con las disposiciones del Convenio las rentas que obtiene la entidad residente en España están exentas, España podrá, no obstante, tomar en consideración las rentas exentas para el cálculo del impuesto sobre las restantes rentas de dicho residente.

De esta forma, y aunque el CDI opta generalmente por el mecanismo de la imputación (arts. 31 y 32 TRLIS) como sistema eficaz de erradicación de la doble imposición, no debemos olvidar el denominado principio de no agravación proclamado en el párrafo segundo del artículo 1 (Ámbito general) del CDI de 1990, en virtud del cual «El Convenio no limita en forma alguna las exclusiones, exenciones, deducciones, créditos o cualquier otra desgravación existente o que se establezca en el futuro:

- a) Por las leyes de cualquiera de los Estados contratantes.
- b) Por cualquier otro acuerdo entre los Estados contratantes».

Sobre la aplicación de este particular principio, mención especial requiere la interpretación que le confiere CALDERÓN CARRERO⁵¹ al expresar que bajo esta cláusula el contribuyente podrá optar por la aplicación del régimen fiscal general de los Estados contratantes en vez del CDI, cuando efectivamente el ordenamiento interno prevea un mecanismo de supresión de la doble imposición más eficaz que el incorporado en el propio CDI.

⁵¹ Vid. CALDERÓN CARRERO, J. M.: *La doble imposición internacional en los Convenios de Doble Imposición y en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 50-57.

En un sentido semejante se pronuncia el TE al pronunciar que este apartado segundo del artículo primero implica necesariamente que el Convenio no puede incrementar la carga fiscal de un residente de un Estado contratante más allá de la carga fiscal que le correspondería por aplicación de su normativa interna, lo que conlleva a que, bajo este principio, el pasivo fiscal de un contribuyente no se determinará bajo los postulados del Convenio si el «Code» –la normativa interna– produce un resultado más favorable. Sin embargo, el contribuyente no podrá, en situaciones incompatibles, optar por la aplicación del Convenio o de la normativa interna con el único propósito de minimizar el impuesto a abonar.

Un ejemplo claro de la frontera perfilada entre lo permitido y lo prohibido por este artículo nos lo confiere el mismo TE en los siguientes extremos «Imaginemos un residente estadounidense con tres negocios diferentes en EE. UU. Uno de ellos es un negocio calificado por el Convenio como Establecimiento Permanente (EP) y además es rentable; en cambio, los otros dos, que acumulan pérdidas, son negocios que además no cumplen con los requisitos exigidos por el Convenio para poder considerarse como Establecimientos Permanentes. Pues bien, según el Convenio, los ingresos del EP serán gravables en los Estados Unidos, mientras que los beneficios y pérdidas de los otros dos serán ignorados. En contra, según la normativa interna los tres estarían sujetos a impuestos, pero las pérdidas se podrían compensar con las ganancias de los negocios rentables. En estos casos, el contribuyente no podría invocar el Convenio para excluir las ganancias del negocio rentable e invocar "The Code" para reclamar las pérdidas de los negocios no rentables y compensarlas con los beneficios del EP».

Finalmente, y como última novedad a destacar introducida en nuestro Protocolo, mencionamos la regulación de un nuevo procedimiento para la resolución de las controversias por virtud del cual «Cuando en virtud de este artículo una persona haya sometido su caso a la autoridad competente del Estado contratante del que es residente o nacional alegando que las medidas adoptadas por uno o por ambos Estados contratantes han implicado para ella una imposición no conforme con las disposiciones de este Convenio, y las autoridades competentes hayan hecho lo posible por resolver el caso en el plazo de dos años desde su fecha de inicio, sin conseguirlo, este se resolverá mediante arbitraje».

Se trata de un nuevo mecanismo, no previsto en el MC EE. UU. del año 2006, pero insertado en los últimos Protocolos ratificados por los EE. UU., por virtud del cual se obliga al inicio de un procedimiento de arbitraje cuando transcurridos dos años desde el comienzo de un procedimiento amistoso algunas controversias planteadas no hubieran sido satisfactoriamente resueltas por la autoridad competente del Estado y a su vez se cumplieran toda una suerte de requisitos, a saber:

- a) Que se hubieran presentado declaraciones tributarias en al menos uno de los Estados contratantes respecto de los ejercicios fiscales a los que concierne el caso.
- b) Que no se tratara de un caso concreto respecto del que las autoridades competentes de ambos Estados contratantes estén de acuerdo, antes de la fecha en la que hubiera debido iniciarse el procedimiento arbitral.
- c) Que los tribunales judiciales o administrativos de cualquiera de los Estados contratantes no se hubieran pronunciado en relación con el caso.

- d) Que el caso no entrañase la determinación de la residencia de una sociedad en virtud del apartado 3 del artículo 4 (Residencia).
- e) Que se hubieran cumplido con todas las condiciones necesarias para el inicio del procedimiento arbitral previstas en el subapartado c) del apartado 6 del artículo 25.

6. CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, podemos considerar que la principal novedad que ha venido a introducir el Protocolo que se adherirá al Convenio de 1990 ha consistido en la instauración de un nuevo principio, esto es, el de tributación exclusiva por el Estado de la residencia del perceptor de los dividendos –el mismo principio se ha hecho extensivo para el caso de los intereses, cánones y ganancias de capital por transmisión de acciones de sociedades no inmobiliarias–. Ahora bien, como hemos puesto de manifiesto, la aplicación de este principio, en el caso de los dividendos, se encuentra condicionado por una serie de requisitos que recordemos que son: i) una participación mínima del 80% de los derechos de voto; ii) durante los doce meses previos a la distribución de los dividendos, y iii) que se cumplan cualesquiera de las condiciones previstas en el artículo 17.2 c), e), 17.3 o 17.7. En caso contrario, la retención será del 5% si el beneficiario efectivo es una sociedad que posea al menos el 10% de los derechos de voto o del 15% para el resto de supuestos.

Haciéndonos eco de las palabras del secretario de Estado de Hacienda, Miguel Ferre, «con el Protocolo, el Convenio se coloca en un marco semejante al que tiene España con sus socios preferentes de la Unión Europea»⁵², esto es, con la firma de este nuevo instrumento bilateral entre ambos Estados, el nuevo marco jurídico que regirá de ahora en adelante la regulación de los dividendos «transatlánticos» se ha querido equiparar en buena medida a la regulación tan beneficiosa que por aplicación de la Directiva matriz-filial rige entre los diversos Estados de la Unión Europea. El objetivo reiteradamente declarado y patente no es otro que el de evitar y en buena medida frenar la conocida triangulación que las empresas americanas formulaban para eludir la directísima aplicación del CDI Hispano-Americano, el cual, como ha quedado expuesto, establecía unas condiciones fiscalmente más «perniciosas» para dichas empresas que el resto de Tratados de nuestro entorno comunitario.

Ahora bien, pese a la introducción de estas nuevas ventajas fiscales, debemos reseñar que su condicionante plasmado en la llamada cláusula de «Limitación de los Beneficios» (art. 17) dificultará en gran medida la aplicación instantánea de la exención de la retención de los dividendos plasmada en el nuevo apartado tercero del artículo 10 del Protocolo. Así pues, esta marañada de requisitos entorpecerá considerablemente la aplicación directa del precepto, al resultar de ineludible observancia por parte de la entidad perceptora de tales rendimientos de los mencionados «tests» exigidos por el Convenio para el disfrute de este beneficio fiscal. No deja por tanto de

⁵² Fuente: www.lamoncloa.gob.es

sorprender, en comparación con la simplicidad del régimen instaurado por la Directiva matriz-filial en el ámbito comunitario, la introducción de todos estos condicionantes que en aras de la salvaguarda del Tratado de posibles abusos, lo que inevitablemente supondrá será un gran entorpecimiento en la aplicación de la exención.

Por otro lado, otro gran inconveniente que se cierne sobre este nuevo Protocolo adquiere tintes meramente políticos. Efectivamente, este instrumento bilateral puede contar entre sus filas con un gran enemigo público con nombre propio: Rand Paul, senador Republicano, miembro del Comité de Relaciones Exteriores del Senado desde el año 2010 y con poder suficiente para que con su simple voto se bloquee la ratificación de este nuevo instrumento bilateral. En efecto, este senador, conocido por su gran tenacidad y tendencia al filibusterismo –su último logro consistió en un discurso de 13 horas para boicotear el nombramiento del nuevo director de la CIA– ya tiene antecedentes en esta materia. En este sentido, los Protocolos ya negociados por los Estados Unidos de América con Hungría⁵³ (2010), Luxemburgo⁵⁴ (2010) y Suiza⁵⁵ (2011) no consiguieron el voto definitivo de este acérrimo senador y consecuencia derivada de ello es que estos Tratados internacionales, a falta de su efectiva ratificación, carecen de fuerza vinculante y de plena vigencia. Su negativa descansa en el hecho de considerar que estos nuevos Protocolos confieren demasiada información a los EE. UU. sobre las cuentas que sus nacionales poseen en estos Estados, por lo que este cambio, que él mismo califica como de radical («*sweeping change*»), produce una vulneración directa de la Cuarta Enmienda, encargada de proteger a los estadounidenses de los registros e incautaciones irrazonables⁵⁶.

Así pues, a la espera de su efectiva entrada en vigor y de sus primeros resultados, debemos considerar que el cambio del tipo de retención y la introducción de las exenciones bajo determinadas condiciones de la salida de estos rendimientos no deberá resultar muy sustancial para el coste de la recaudación para la Hacienda Pública española, máxime si tenemos en cuenta que, con anterioridad a la promulgación de este Protocolo, la gran mayoría de las entidades americanas se valían

⁵³ Convention between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Hungary for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income, signed at Budapest February 4, 2010, with related exchange of notes (Treaty Doc.: 111-7); submitted to Senate November 15, 2010.

⁵⁴ Protocol Amending the Convention between the Government of the United States of America and the Government of the Grand Duchy of Luxembourg for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital, signed at Luxembourg May 20, 2009, with related exchange of notes (Treaty Doc.: 111-8); submitted to Senate November 15, 2010.

⁵⁵ Protocol Amending the Convention between the United States of America and the Swiss Confederation for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income, signed at Washington on October 2, 1996, signed at Washington September 23, 2009, with related exchanges of notes (Treaty Doc.: 112-1); submitted to Senate January 26, 2011.

⁵⁶ En la actualidad, el nuevo convenio fiscal lleva bloqueado cerca de un año ante la tenaz negativa del Senador Rand Paul. Ante tal situación, el presidente de la Cámara de Comercio de EE. UU. en España, sin mucho éxito, le ha remitido varias misivas al Senador, recordándole la importancia que para ambos países supondría la ratificación definitiva del Protocolo. Fuente: *Expansión* (5 de junio de 2013).

de los CDI suscritos por EE. UU. con países tales como Holanda y Luxemburgo para constituir en estos Estados «holdings» que efectivamente eran las que percibían en primer término los dividendos procedentes de España ya a un coste cero o nulo por aplicación de la Directiva matriz-filial. De este modo, lo que se pretende es fomentar la Inversión Directa Extranjera, lo que muchos ya califican como el «colesterol bueno»⁵⁷ de la economía que percibe un país, y ello por sus múltiples efectos beneficiosos como la inyección de capital que permite cubrir las necesidades de financiación de un Estado, y que necesariamente conlleva al aumento del empleo, de las divisas y de la renta por habitante. Es pues este «colesterol bueno» el esteroil indispensable que necesita una economía deprimida como la nuestra para el estímulo sustancial del crecimiento económico.

Bibliografía

- ALMUDI CID, J. M. [2006]: *Planificación fiscal internacional a través de sociedades holding*, Universidad Complutense de Madrid, Doc. n.º 24.
- BARRAGE, R. H. y NAUHEIM, S. A. [2008]: «U.S. Inbound Treaty Developments: Traps for the Unwary», *OFII Tax Conference*, May 3.
- BELLIDO BARRIONUEVO, M. [2003]: *La directiva comunitaria*, Universidad San Pablo CEU, editorial Dykinson, Madrid.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. [1997]: *La doble imposición internacional en los Convenios de Doble Imposición y en la UE*, Aranzadi, Pamplona.
- CANTO GARCÍA, M.: «El efecto directo horizontal en las Directivas y el Tratado de Maastricht», *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia e Interior, n.º 1730-31, págs. 193 y ss.
- CARMONA FERNÁNDEZ, N. (coord) [2007]: *Fiscalidad del no residente: aspectos conflictivos*, CISS-Wolters-Kluwer.
- [2007]: *Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea*, CISS-Wolters-Kluwer.
- CUBERO, A. y DÍAZ, N. [2012]: *Convenios para evitar la doble imposición suscritos por España y Modelo de la OCDE*, Tirant lo Blanch, mayo.
- DE LA CUEVA, A. [2005]: «Novedades en la tributación de los dividendos intracomunitarios», *Estrategia financiera*, n.º 215, marzo.
- FERNÁNDEZ CAINZOS, J. J. [1999]: «Sector público y fiscalidad internacional en una economía globalizada», *Información Comercial Española*, Ministerio de Economía y Hacienda, n.º 777, pág. 21.
- GARCÍA HEREDIA, A. [2007]: *Fiscalidad internacional de los cánones: derechos de autor, propiedad industrial y know-how*, Lex Nova, marzo.
- GARCÍA PRATS, A. [1998]: *Imposición directa, no discriminación y Derecho comunitario*, Tecnos, Madrid.

⁵⁷ Véase en este sentido HAUSMANN, R. y FERNÁNDEZ-ARIAS, E.: «Foreign Direct Investment: Good Cholesterol?», *IADB*, 26 de marzo de 2000, New Orleans.

GÓMEZ JIMENEZ, I. G. [2006]: «Análisis crítico del artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Alternativas de Reforma», *Documentos IEF, Cuadernos de Formación*, Colaboración 03/06, volumen 1, www.ief.es/documentos/recursos/2001_06/Colab_03_06.pdf

HAUSMANN, R. y FERNÁNDEZ-ARIAS, E. [2000]: «Foreign Direct Investment: Good Cholesterol?», *IADB*, 26 de marzo, New Orleans.

JIMÉNEZ, M. [2011]: «La mayor empresa del mundo utiliza España como paraíso fiscal», *El País*, 27 de febrero.

LAMADRID DE PABLO, A. [2005]: «El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de Estado», *Instituto de Estudios Europeos Centro de Política de la Competencia*, Madrid, n.º 3.

MAGRANER MORENO, F. J. [2009]: *La coordinación del Impuesto sobre Sociedades en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid.

- [2012]: *La imposición sobre las rentas obtenidas en España por artistas y deportistas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- [2013]: «Affaire Accor: crónica de una incompatibilidad anunciada y de una inesperada restricción de la defensa del enriquecimiento sin causa», *Revista Aranzadi Quincena Fiscal*, Thomson Reuters Aranzadi, marzo, n.º 6.

MOLINA GÓMEZ-ARNAU, P. [1992]: «Apuntes sobre la Directiva del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al Régimen Fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (90/435/CEE)». *Noticias CEE*, n.º 84, pág. 81.

MORANDO, A. [2009]: «La devolución de retenciones sobre dividendos de la UE», *Know Tax & Legal*, KPMG Abogados, enero-febrero.

NOCEDA, M. [2010]: «Un retraso de doble imposición», *El País*, 11 de abril.

RAMALLO, J. [2001]: «La Directiva 90/435/CE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales. La experiencia española», *Revista de Información Fiscal*, Lex Nova, n.º 43.

RICO DE BLAS, T. [2007]: «Análisis crítico del artículo 21 del TRLIS. Alternativas de reforma», *Documentos IEF, Cuadernos de formación*, Colaboración 26/07, volumen 4, www.ief.es/documentos/recursos/04_2007/Colab_26_07.pdf

RUIZ GARCÍA, J. R. [2002]: *La tributación de los dividendos procedentes de participaciones en entidades extranjeras*, Instituto de Estudios Económicos de Galicia, n.º 64, A Coruña.

VEGA BORREGO, F. [2005]: «El concepto de Beneficiario Efectivo en los Convenios para evitar la Doble Imposición», *Documentos IEF*, n.º 8.

VOGEL, K. [1997]: «Double Taxation Conventions», *Kluwer Law International*, La Haya-Londres-Boston, págs. 9 y 10.