

El peaje fiscal de la eliminación de la doble imposición económica intersocietaria: análisis crítico multinivel

Jorge de Juan Casadevall

*Abogado del Estado (Exc.). Doctor en Derecho
Socio Área Fiscal, Crowe Legal y Tributario
Profesor de Derecho Financiero y Tributario. UIC (España)
Académico de la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación*
jordi.dejuan@crowe.es | <https://orcid.org/0000-0003-2185-6660>



Este trabajo ha obtenido el 1.º **Premio «Estudios Financieros» 2022** en la modalidad de **Tributación**.

El jurado ha estado compuesto por: don Julio García Saavedra, doña Eva María Martín Díaz, don Jesús Rodríguez Márquez, doña Aurora Ribes Ribes y don Eduardo Verdún Fraile.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

Extracto

Con el artículo 65 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, se excluye de la corrección de la doble imposición económica intersocietaria un 5 % de los dividendos o beneficios distribuidos en concepto de «gastos de gestión» de la

Cómo citar: Juan Casadevall, J. de. (2022). El peaje fiscal de la eliminación de la doble imposición económica intersocietaria: análisis crítico multinivel. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 475, 5-40.



participación, tanto en el método de exención (art. 21.10 LIS) como en el de imputación ordinaria (art. 32.4 LIS). Esta novedosa restricción, inédita hasta ahora en nuestro ordenamiento tributario, es de rabiosa actualidad y va a aplicarse por primera vez en la próxima e inminente autoliquidación del impuesto sobre sociedades del ejercicio fiscal de 2021. Aun cuando tiene su amparo formal en el artículo 4.3 de la Directiva Matriz-Filial, plantea, en función de la concreta estructura corporativa, problemas jurídicos en un triple nivel normativo: iuscomunitario, constitucional y convencional (CDI). Esta problemática tridimensional, se agrava sobremanera con la sincrónica transposición interna de la Directiva ATAD, por cuya agrietada regulación se filtra, como imprevisto efecto colateral, el espectro de una transparencia fiscal «sobrevenida».

Palabras clave: doble imposición económica; gastos de gestión de la participación; Directiva Matriz-Filial; capacidad económica..

Fecha de entrada: 04-05-2022 / Fecha de aceptación: 13-09-2022 / Fecha de revisión: 16-09-2022

The tax toll of the correction of intercompany economic double taxation: a judgmental multilevel analysis

Jorge de Juan Casadevall

Abstract

Article 65 of Law 11/2020, of 30 December, on the State General Budget for 2021 excludes the 5% of dividends or profits distributed as «stewardship expenses» from the correction of intercompany double taxation, both in the exemption method (art. 21.10 LIS) and ordinary imputation method (art. 32.4 LIS). This innovative restriction, unprecedented so far in our tax system, is highly topical and will be applied for the first time in the next and upcoming self-assessment of the Corporate Income Tax for the 2021 tax year. Although it is formally protected by Article 4.3 of the Parent-Subsidiary Directive, it raises, depending on the specific corporate structure, legal problems at a triple regulatory level: EU law, constitutional and conventional (DTA). This three-dimensional problem is further exacerbated by the simultaneous transposition of ATAD Directive, through whose cracked regulation the spectre of «supervening» tax transparency seeps in as an unforeseen collateral effect.

Keywords: economic double taxation; stewardship expenses; Parent-Subsidiary Directive; financial means.

Citation: Juan Casadevall, J. de. (2022). El peaje fiscal de la eliminación de la doble imposición económica intersocietaria: análisis crítico multinivel. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, 475, 5-40.



Sumario

1. Introito
2. Consideraciones generales sobre la Directiva Matriz-Filial: los *stewardship expenses* de su artículo 4.3
3. El peaje fiscal de los gastos de gestión en la sociedad matriz con filial no residente comunitaria: análisis de compatibilidad con la Directiva Matriz-Filial
4. El peaje fiscal de los gastos de gestión en grupos mercantiles nacionales: análisis de su compatibilidad constitucional y con el Derecho de la Unión Europea
5. El peaje fiscal de los gastos de gestión en la sociedad matriz residente con filial de un tercer Estado: análisis de compatibilidad con el CDI aplicable
6. La «sobreenida» transparencia fiscal internacional: su dudosa compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea
7. Conclusiones

Referencias bibliográficas

1. Introito

La literatura fiscal sostiene que la doble imposición internacional se produce cuando una misma renta o elemento patrimonial (identidad de objeto) se grava, en el mismo periodo impositivo (identidad temporal), por dos o más Estados, mediante un impuesto de naturaleza idéntica o análoga (identidad de concepto tributario). Cuando además concurre una identidad subjetiva, se habla de doble imposición jurídica, y cuando solo concurre una identidad objetiva de renta o elemento patrimonial, gravados en cabeza de sujetos distintos, se habla de doble imposición económica. El ejemplo paradigmático de doble imposición económica es la doble imposición intersocietaria, que se produce cuando la renta societaria se grava primero en sede de la sociedad que la obtiene, y luego en cabeza del socio cuando se reparte el dividendo. La corrección de la doble imposición corresponde al Estado de residencia, y se realiza mediante el método de exención, en cuya virtud no se integra en la base imponible de la residente la renta extranjera (con o sin progresividad), y el método de imputación, que consiste en una deducción del impuesto soportado en la fuente (*underlying tax*) practicada en la cuota tributaria de la residente, bien sea con el límite cuantitativo de esta (imputación ordinaria) o sin límite alguno (imputación íntegra)¹.

Con la nueva Ley 27/2014, de 27 noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), se operó una modificación sustancial del mecanismo jurídico de corrección de la doble imposición económica intersocietaria. El sistema dual alternativo de neutralización de la doble imposición económica adoptado² mimetiza el artículo 4.1 a) y b) de la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, que deja a los Estados miembros la opción legislativa entre un sistema de exención o de imputación ordinaria. Con el artículo 65 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, se excluye de la corrección de la doble imposición económica un 5% de los di-

¹ Sobre la caracterización general de la doble imposición internacional, los métodos para su corrección, y el artículo 23 A y B del Modelo de Convenio de la OCDE, véase Falcón y Tella y Pulido Guerra (2018, pp. 91 y ss.).

² El elemento nuclear de esa reforma fue la unificación de la corrección de la doble imposición económica, de fuente interna o internacional, con la sustitución del sistema de deducción por el de exención (*participation exemption*) que, hasta la fecha, había sido privativo de la doble imposición internacional, si bien, manteniendo con carácter alternativo u opcional, el sistema de imputación. De esta forma se erradicaba de raíz el riesgo de infracción al Derecho de la Unión Europea. En este sentido, véanse García Rozado (2018) y Cuesta Cabot (2015).

videndos o beneficios distribuidos en concepto de «gastos de gestión» de la participación, tanto en el método de exención (art. 21.10 LIS³) como en el de imputación ordinaria (art. 32.4 LIS⁴). Esta novedosa restricción, hasta ahora inédita en nuestro sistema tributario doméstico, engarza con el artículo 4.3 de la Directiva Matriz-Filial, que habilita a los Estados miembros a excluir la deducibilidad de esta tipología de gastos y, en particular, a fijarlos en un tanto alzado que no podrá exceder del 5 % del beneficio distribuido por la sociedad filial⁵. Quizás por ello la reforma es especialmente sensible a sus implicaciones iuscomunitarias, y extiende la detracción de ese 5 %, no solo a la distribución de beneficios por entidades residentes en el extranjero, sino también a las que realicen entidades residentes⁶, dentro o fuera de un eventual perímetro de consolidación fiscal⁷. La preocupación del legislador no

³ El artículo 65 de la Ley 11/2020 incrusta en el artículo 21.10 de la LIS la siguiente norma:

El importe de los dividendos o participaciones en beneficios de entidades y el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión de la participación en una entidad y en el resto de supuestos a que se refiere el apartado 3 anterior, a los que resulte de aplicación la exención prevista en este artículo, se reducirá, a efectos de la aplicación de dicha exención, en un 5 por ciento en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones.

⁴ El reformado artículo 32.4 de la LIS corrige el impuesto subyacente deducible en los siguientes términos:

Esta deducción, conjuntamente con la establecida en el artículo anterior respecto de los dividendos o participaciones en los beneficios, no podrá exceder de la cuota íntegra que correspondería pagar en España por estas rentas si se hubieran obtenido en territorio español. Para calcular dicha cuota íntegra los dividendos o participaciones en los beneficios se reducirán en un 5 por ciento en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones. Dicha reducción no se practicará en el caso de los dividendos o participaciones en los beneficios en los que concurran las circunstancias establecidas en el apartado 11 del artículo 21 de esta Ley.

⁵ Este es el amparo normativo esgrimido por la propia Ley 11/2020, que en su exposición de motivos confiesa que:

Esta regulación es conforme con la facultad que, de acuerdo con lo dispuesto en la Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre, de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, conservan los Estados miembros para prever que los gastos de gestión referidos a la participación en la entidad filial no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz, pudiendo fijarse a tanto alzado sin que, en este caso, su cuantía pueda exceder del 5 por ciento de los beneficios distribuidos por la sociedad filial.

Con todo, la reforma no afecta a las «empresas que tengan un importe neto de la cifra de negocios inferior a 40 millones de euros y que no formen parte de un grupo mercantil» que, cualquiera que sea el método empleado para abatir la doble imposición económica, no sufrirán restricción alguna en concepto de gastos de la participación que genera el dividendo o beneficio distribuido.

⁶ Más allá de las «razones de sistemáticas» o de «adaptación técnica» blandidas por la exposición de motivos de la Ley 11/2020, la pulsión que palpita tras la homologación de rentas de fuente interna y externa, no es otra que la de extirpar cualquier posible tratamiento asimétrico.

⁷ Antes de la vigente LIS, las rentas generadas por dividendos o transmisiones de cartera eran integradas en la base imponible y, posteriormente, eran objeto de eliminación mediante el mecanismo de consolidación fiscal. Con la generalización de la *participation exemption* ya no existen rentas pendientes de eliminación a nivel de grupo fiscal, por lo que el régimen es neutral en la tributación individual y la consolidada. Véase

es otra que obviar un trato fiscal divergente entre la distribución de dividendos de fuente interna y de fuente externa, que podría dar lugar a una discriminación contraria a la libertad de establecimiento y/o de movimiento de capitales, según los casos.

A pesar de la clara cobertura formal que le confiere el artículo 4.3 de la Directiva Matriz-Filial, su aplicación práctica suscita no pocos problemas jurídicos, sobre todo cuando se aborda desde un enfoque analítico multinivel⁸: a) desde una perspectiva puramente interna, en el seno de grupos de sociedades, con o sin consolidación fiscal, puede plantear un problema de constitucionalidad y de correcta transposición de la Directiva Matriz-Filial; b) desde una perspectiva iuscomunitaria, cuando la filial no residente que distribuye el beneficio es residente en la Unión Europea, surge, en determinadas circunstancias, un problema de compatibilidad con la propia Directiva; y c) cuando la entidad distribuidora del beneficio reside en un tercer Estado, con el que España haya suscrito un convenio de doble imposición (CDI), puede arrostrar una situación de *treaty override*.

Afrontamos una problemática de rabiosa actualidad, que va a aplicarse por primera vez en la próxima autoliquidación del impuesto sobre sociedades de 2021, y sobre el que va a impactar un efecto colateral inicialmente imprevisto, que es el derivado de la transposición interna de la transparencia fiscal internacional que incorpora la Directiva 2016/1164/UE del Consejo, de 12 de julio, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior (ATAD), acometida por la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego (conocida de forma abreviada como «de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal»). Una reforma prácticamente isócrona, pero cuya defectuosa transposición aflora una inopinada transparencia fiscal «sobrenvenida», que agrava sobremanera ese análisis crítico multinivel.

García Rozado (2018). Con la aparición de una tributación mínima del 5 %, se pierde esa neutralidad que, en puridad lógica, debería restañarse con el mecanismo de la consolidación. Sin embargo, el artículo 64 de la LIS, también en redacción dada por la Ley 11/2020, excluye de eliminación, para la formación de la base imponible consolidada, los importes que deban integrarse en las bases imponibles individuales en virtud del artículo 21.10 de la LIS. Esta incomprensible exclusión de la eliminación del 5 %, refrendada por la contestación a la Consulta V1154/2021 evacuada por la Resolución de 29 de abril de 2021 (NFC079592), de la Dirección General de Tributos (DGT), no tiene otro sentido, a mi juicio, que obviar una eventual discriminación indirecta respecto a la entidad no residente que, por definición, se sitúa en el extrarradio del perímetro de consolidación y no podría absorber, vía eliminación, el impacto económico de ese 5 %.

⁸ Nos tomamos la licencia académica de trasladar al Derecho Tributario el enfoque analítico del llamado *constitucionalismo multinivel*, construcción dogmática que aborda el estudio de la compleja realidad jurídica desde la intersección de los diferentes niveles normativos imbricados, y que, en nuestro caso, representan el constitucional interno, el iuscomunitario y el internacional convencional. Véase Gómez Sánchez (2011, pp. 55 y ss.).

2. Consideraciones generales sobre la Directiva Matriz-Filial: los *stewardship expenses* de su artículo 4.3

La Directiva Matriz-Filial nace con el propósito declarado de garantizar la neutralidad y evitar la penalización fiscal en la distribución de dividendos o beneficios realizadas por sociedades filiales a sociedades matrices, respectivamente situadas, en diferentes Estados miembros de la Unión Europea. Para eliminar esa doble imposición económica en el espacio comunitario, el artículo 4.1 a) y b) de la directiva dispone que cuando una sociedad matriz reciba, en calidad de socio de una sociedad filial, beneficios distribuidos, el Estado de residencia de la matriz deberá o bien abstenerse de gravar dichos beneficios, o bien gravarlos, autorizando al mismo tiempo a dicha sociedad a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto de la filial correspondiente a dichos beneficios.

Las dos técnicas o métodos de eliminación de la doble imposición económica intersocietaria producen diferentes efectos económicos y tributarios. El método de exención prioriza la potestad tributaria del Estado de la fuente, preserva su política fiscal, los beneficios o incentivos fiscales, y la igualdad fiscal de todos los operadores económicos sometidos al mismo tratamiento y carga tributaria. Al no distorsionar el nivel impositivo del Estado de la fuente, favorece la neutralidad fiscal en la importación de capitales y, por ende, la inversión exterior y la internacionalización de la economía. Por el contrario, el método de imputación ordinaria favorece la política fiscal del Estado de residencia, y el mantenimiento de la igualdad fiscal de todos los contribuyentes, cualquiera que sea el origen territorial de las rentas obtenidas. Anula la política fiscal del país de la fuente (incentivos fiscales o regímenes fiscales atractivos para atraer inversiones foráneas), toda vez que si el Estado de la fuente aplica un tipo impositivo efectivo más bajo, y la deducción está topada por la cuota íntegra del impuesto nacional, el contribuyente pagará siempre por el diferencial de tipos impositivos. En definitiva, la técnica de imputación ordinaria garantiza la neutralidad fiscal en la exportación de capitales, en la medida en que la localización de la inversión y del capital no obedece a una motivación fiscal, y, por ende, no incentiva la inversión en el extranjero.

Con estos parámetros técnicos, la doctrina tributarista ha sostenido que el método de exención es el que mejor se ajusta a las exigencias del Derecho de la Unión Europea, sin duda, por su mayor permeabilidad al ejercicio de las libertades comunitarias⁹. Pero ello no significa que exista una preferencia comunitaria por el método de exención, ni obliga, en la imputación ordinaria, a la deducción total cuando la imposición de la fuente es superior a la del Estado de residencia, ni siquiera cuando la imputación íntegra sea la única forma de

⁹ Véanse Calderón Carrero y Martín Jiménez (2019, pp. 204 y ss.). A nuestro juicio, el argumento decisivo es que, en términos de neutralidad fiscal para el ejercicio de las libertades comunitarias, el método de exención determina la eliminación total de la doble imposición económica, mientras que la imputación ordinaria simplemente supone una corrección limitada cuando el impuesto subyacente soportado en la fuente es superior al del Estado de residencia de la matriz.

eliminar la discriminación causada por el Estado de la fuente (*Miljoen, X y Société Générale*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [STJUE] de 17 de septiembre de 2015, C-10/14, C-14/14 y C-17/14 [acumulados] –NFJ059548–). Incluso, y supuesto su carácter alternativo, puede utilizarse un método para beneficios o dividendos internos, y el otro método para dividendos de origen comunitario, siempre y cuando produzcan un efecto equivalente (*Test Claimants in the FII Group Litigation*, STJUE de 13 de noviembre de 2012, C-35/11 –NFJ049182–). Naturalmente, un tratamiento discriminatorio en la corrección de la doble imposición económica de dividendos de fuente comunitaria ya estaría prohibido por la jurisprudencia comunitaria sobre las libertades fundamentales de establecimiento y de libre circulación de capitales. Sin embargo, y según la mejor doctrina¹⁰, el artículo 4.1 de la Directiva incorpora un elemento adicional, tiene una «eficacia sustantiva propia»: la eliminación de la doble imposición económica, incluso cuando el derecho interno no la prevea expresamente.

Un eventual conflicto entre norma comunitaria y norma estatal se resolvería con base en el principio de primacía del derecho comunitario¹¹ que sería proclamado en el celeberrimo caso *Costa c. Enel* (STJCE de 15 de julio de 1964, C-6/64), sobre la base de diversos materiales jurídicos proporcionados por sentencias anteriores¹². En efecto, la primacía del Derecho de la Unión descansa en los principios de aplicabilidad directa y efecto directo,

¹⁰ Véanse Calderón Carrero y Martín Jiménez (2019, p. 202). Sin embargo, el TJUE en *Meilicke II* (STJUE de 30 de junio de 2011, C-262/09 –NFJ043187–), entre otros fallos, avala la validez del sistema de imputación ordinaria pese a sus efectos restrictivos sobre el ejercicio efectivo de las libertades comunitarias.

¹¹ La primacía del Derecho de la Unión Europea constituye un principio basilar para el correcto engranaje del ordenamiento comunitario con los respectivos sistemas jurídicos nacionales. Por su importancia fundamental en la articulación de esa mutua relación entre ambos sistemas jurídicos, se introdujo en el tratado constitucional, y hubo de ser sacrificado más tarde, en el proceso que conduciría al Tratado de Lisboa como salida a la crisis constitucional. En efecto, el artículo 6 del Tratado de 29 de octubre de 2004, por el que se incluye una Constitución Europea, establecía que: «La Constitución y el derecho adoptado por las instituciones de la Unión en el ejercicio de las competencias que le atribuyen a esta primarán sobre el Derecho de los Estados miembros». Sin embargo, su eliminación con el Tratado de Lisboa no supone la mutilación de un principio que ya venía reconocido de forma unánime por la jurisprudencia, aunque sí la supresión de una norma que tenía una cierta proyección constitucional. Quizás por ello, de forma admonitoria, en la Declaración 17 anexada al Tratado de Lisboa, la Conferencia

recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas en la citada jurisprudencia.

¹² En *Costa c. Enel*, se afirmó la primacía del derecho comunitario con base en el principio de atribución de competencias, el deber de abstención de cualquier medida que contravenga los objetivos comunitarios (art. 10.2 TCE, antiguo art. 5.2 TCEE), y la aplicabilidad y eficacia directa del Derecho Comunitario. Más tarde, en la no menos fundamental *Simmenthal*, STJCE de 9 de marzo de 1978, reconocerá lo siguiente:

en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, las disposiciones del tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el derecho interno... hacer inaplicable de pleno el derecho, por el mismo hecho de su entrada en vigor, toda disposición nacional contraria existente.

que tienen un doble origen legal y jurisprudencial, y son recíprocamente complementarios. Por su propia estructura incompleta, y condicionada a su transposición, la directiva es una norma necesitada de la intermediación estatal para su efectiva incorporación al ordenamiento interno (art. 288 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–). Otra cosa es que, desde el punto de vista de su contenido material, constituya una norma *clara, precisa y autosuficiente*, susceptible de ser invocada directamente por sus destinatarios. En este caso, podemos hablar de un efecto directo parcial y limitado; parcial porque solo se produce en supuestos de tardía o defectuosa transposición, de lo contrario, solo sería invocable la disposición de derecho interno que ejecuta o desarrolla correctamente la directiva; y limitado, porque la invocabilidad directa solo sería oponible al Estado (efecto directo en sentido vertical), y no en relación con los particulares (efecto directo en sentido horizontal)¹³.

En ocasiones, las directivas fiscales presentan el suficiente grado de detallismo para defender su efecto directo, como es el caso del artículo 4.1 de la Directiva Matriz-Filial. En este sentido, en *Cobelfret* (STJUE de 12 de febrero de 2009, C-138/07 –NFJ031339–), se ha sostenido que el artículo 4.1 de la directiva es «incondicional y suficientemente precisa para poder ser invocada ante los órganos jurisdiccionales nacionales». Por consiguiente, la sociedad matriz del Estado de residencia podrá invocar un auténtico derecho subjetivo de naturaleza iuscomunitaria a la aplicación de los métodos de la directiva para eliminar la doble imposición económica.

El ámbito objetivo de ese derecho subjetivo se proyecta sobre las «distribuciones de dividendos». La directiva no nos proporciona un concepto autónomo de distribución de beneficios¹⁴, incluso parece conferirle un diferente campo semántico en sus artículos 1, 4.1 y 5, por lo que, si el precepto comunitario se anuda a la renta distribuida a la sociedad matriz por su condición de accionista de la filial, parece que habrá que recurrir a las disposiciones

Como ha señalado Ruiz-Jarabo (1993, pp. 61 y ss.), con la sentencia *Simmenthal* se llega mucho más lejos. Las normas comunitarias, por el juego combinado de la primacía y del efecto directo, adquieren inmediatamente la condición de normas positivas del sistema jurídico propio de los Estados miembros. En definitiva, confieren al juez nacional un poder extraordinario, al «permitirle controlar la comunitariedad de su legislación nacional, que modifica de hecho el sistema constitucional de los Estados miembros».

¹³ La Corte de Luxemburgo ha reconocido el efecto directo de estas directivas con base en un doble argumento. En primer lugar, esgrimiendo su «efecto útil», que se vería debilitado si los nacionales no pudieran invocar las directivas ante sus respectivas jurisdicciones. Y, en segundo lugar, recurriendo a la doctrina del «estoppel», que supone que los Estados miembros no pueden oponer a sus particulares su propio incumplimiento de las disposiciones de las directivas. Véase Mata Sierra (1998, pp. 190). Como lógico corolario de esta doctrina, ese efecto directo vertical siempre debe producirse en sentido ascendente, es decir, invocando un derecho subjetivo o situación jurídica activa frente al Estado incumplidor, y nunca en sentido opuesto, que supondría un anómalo efecto directo inverso *in peius*.

¹⁴ La noción *distribución de beneficios* de la directiva, en la interpretación de la jurisprudencia comunitaria –e incluso de nuestro propio Tribunal Supremo (TS) en el controvertido caso *Dorna* (STS de 24 de febrero de 2016, rec. núm. 3976/2014 –NFJ062184–), parece más estricta que el concepto de dividendos del artículo 10.3 del Modelo de CDI OCDE. Véase Martín Jiménez (2017).

internas del Derecho de Sociedades del Estado de residencia de la matriz para calificar la renta distribuida y la participación en el capital. En cierto modo, es la solución técnica que parece colegirse de *Les Vergers du Vieux* (STJUE de 22 de diciembre de 2008, C-48/07 –NFJ031283–) que, al plantearse la interesante cuestión de si el usufructuario tiene acceso a los beneficios de la directiva, concluye en sentido negativo, exigiendo una vinculación directa entre la distribución de beneficios y la participación en el capital. Ahora bien, el beneficio distribuido se refiere al dividendo íntegro repartido, incluyendo la carga tributaria soportada por la matriz en el Estado de la fuente en el momento de la distribución, como el *withholding tax*, que en la redacción originaria de la directiva se permitió durante un periodo transitorio (*Crédit Mutuel*, STJUE de 3 de abril de 2008, C-27/97 –NFJ028104–).

Sin embargo, el artículo 4.1 de la directiva excluye los «beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación»¹⁵. El reparto de beneficio por liquidación de una filial, desde la perspectiva de la matriz que recibe la distribución liquidatoria, es claramente homologable a una ganancia patrimonial, determinada por la diferencia entre el valor de adquisición y la cuota liquidatoria asignada, y quedaría al margen de la directiva. Esta interpretación, lejos de ser restrictiva, se acomodaría a la finalidad objetiva de la Directiva Matriz-Filial, que no es otra que facilitar la creación de grupos societarios a escala europea, pero no facilitar su disolución y liquidación. Por el contrario, el resto de plusvalías generadas por la transmisión de la participación constituirían beneficio distribuido y tendrían acceso a la Directiva Matriz-Filial. Abona esta tesis una interpretación teleológica del artículo 4.1 de la directiva, sobre todo, cuando la afloración de la plusvalía de la participación transmitida obedece a reservas acumuladas, que puedan considerarse fiscalmente como beneficios no distribuidos. Por ello, y con buen criterio, el artículo 8 c) de la Propuesta de Directiva del Consejo, de 25 de octubre de 2016, de Base Imponible Común del Impuesto sobre Sociedades (BICIS), calificaba como «ingreso exento» al «producto de enajenación de acciones».

El artículo 4.3 de la directiva reserva a los Estados miembros la potestad de establecer que los gastos que se refieren a la participación, y las minusvalías derivadas de la distribución de los beneficios de la sociedad filial, no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz. Esta potestad, facultativa y discrecional, de los Estados miembros podrá fijarse en un tanto alzado, que no podrá exceder un 5 % de los «beneficios distribuidos por la sociedad filial»¹⁶. La ratio de la exclusión de estos gastos de la participación (*stewardship*

¹⁵ Por el contrario, el artículo 5 de la directiva, relativo al *withholding tax*, no hace ninguna referencia a la liquidación, lo que ha llevado a algunos autores a entender que, en este caso y desde la perspectiva de la filial, la distribución liquidatoria representa reservas o *retained earnings* cubiertos por la directiva. Véanse Calderón Carrero y Martín Jiménez (2019, p. 199).

¹⁶ La exclusión del 5 % aparece ya, de forma temprana, en el artículo 4 de la Propuesta de Directiva de la Comisión de 16 de junio de 1969, si bien no se especificaba que esta excepción cuantitativa del método de exención fuera en concepto de gastos de la participación. Será el Dictamen del Consejo Económico y Social el que instará la inclusión, en el artículo 4.2 de la Propuesta de Directiva, de una salvedad expresa

expenses) hay que buscarla en la inconveniencia de que, cuando se produzca la distribución de un dividendo exento, la base imponible de la matriz se vea también minorada por los gastos directamente relacionados con la obtención de la renta exenta. En este sentido, funcionaría como una temprana cláusula preventiva de una doble deducción (*double dipping*), en cierto modo similar –aunque más acotada–, a la que, por exigencias de la Acción 2 de BEPS, se introdujo en el artículo 4.1 a) de la Directiva Matriz-Filial por la modificación operada por la Directiva 2014/86/UE¹⁷. Ahora bien, esta limitación objetiva y tasada habrá de aplicarse no solo a las distribuciones de beneficios de filiales comunitarias, sino también a las de origen nacional, so pena de conculcar las libertades comunitarias (*Groupe Steria*, STJUE de 2 de septiembre de 2015, C-386/14 –NFJ059184–).

La literalidad de la regla del 5 % parece referida exclusivamente al método de exención, y aunque tampoco existe base legal suficiente para excluirla en el método de imputación, concurren sólidos argumentos jurídicos en este sentido¹⁸. Lo que sí parece claro es que no se proyecta sobre las plusvalías. Tan solo incluye la minusvalía directamente provocada por el reparto del beneficio de la filial. A nuestro modo de ver, constituye una excepción singular que, de acuerdo con la filosofía de la directiva, deberá ser objeto de una interpretación estricta a la hora de acometer su transposición doméstica. Es decir, y como se desprende de las actas del Consejo, se refiere a la depreciación contable de la participación en la filial, que se produce cuando esta última distribuye beneficios con cargo de reservas, en cuyo caso la depreciación de cartera no sería deducible en sede de la sociedad matriz¹⁹.

a los gastos de administración («... sous réserve que les dépenses administratives puissent être réduites de son bénéfice imposable», Journal Officielle des Communautés Européennes de 1 de agosto de 1969). En la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio, ya aparecería el artículo 4.2 con una redacción muy similar a la del vigente artículo 4.3.

¹⁷ En el reformado artículo 4.1 a) de la directiva se introduce, en cuando aquí nos interesa, la exclusión del método de exención cuando el beneficio distribuido es deducible en sede de la sociedad filial distribuidora. Se trata de la típica regla secundaria o defensiva prevista en la Acción 2 de BEPS para combatir una asimetría híbrida.

¹⁸ La imputación ordinaria supone la integración de la renta mundial por la sociedad matriz, con íntegra deducción del impuesto subyacente, y no parece que deba escatimarse cicateramente con esos gastos de la participación. Abonan esta tesis los antecedentes normativos del precepto armonizado. En la primitiva la Propuesta de Directiva de 1969 solo se contemplaba el método de exención y, como ya hemos advertido más arriba, ya se aplicaba la no deducibilidad de un 5 % del beneficio distribuido. Solo en un momento posterior, y por exigencias de aquellos Estados miembros que aplicaban la técnica de la imputación ordinaria, se incluiría en el artículo 4.1 este método de corrección de la doble imposición económica, si bien, la regla del 5 %, en su configuración inicial, resistiría esta innovación/ampliación normativa. Por lo demás, no es ocioso recordar que el sistema de eliminación de la doble imposición económica que mejor se adapta al juego de las libertades comunitarias, y al *forfait* del 5 %, es el método de exención; mientras que la aplicación de ese porcentaje al método de imputación ordinaria agrava sus limitaciones intrínsecas para abatir el impuesto subyacente soportado en la fuente, cuando este es comparativamente más elevado que en el Estado de residencia de la matriz.

¹⁹ En idéntico sentido, véanse Calderón Carrero y Martín Jiménez (2019, p. 212).

El artículo 4.3 de la directiva no define qué debe entenderse por los «gastos que se refieren a la participación», aunque, en una primera aproximación conceptual, parece que deberían reconducirse a los costes de gestión y control de la participación, y de financiación del capital invertido, que soporta la matriz. En cualquier caso, antes de deferir la concreta determinación de esos *steawradship expenses* al legislador doméstico, parece que habría que explorar la virtualidad del Derecho de la Unión Europea para aislar un concepto válido a efectos de la Directiva Matriz-Filial. Se trataría, en definitiva, de moldear un concepto iuscomunitario autónomo de gastos de la participación, y que, a mi juicio, y en defecto de jurisprudencia comunitaria, habrá que sondear en el *soft law* de las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia de 2022. Si nos sumergimos en el capítulo VII de las *Guidelines* dedicado a los servicios intragrupo, debemos distinguir, por su relativa promiscuidad conceptual, entre los «servicios centralizados» (párrafo 7.14 de las directrices) y «las actividades del accionista» (párrafo 7.10 de las directrices). Los primeros son servicios de gestión, administrativos, financieros u otros similares, centralizados por la matriz y prestados a sus filiales, y como tales, y de acuerdo con su aportación a la cadena de valor, son remunerables con sujeción a los criterios de las directrices²⁰. Por tanto, si la retribución se sujeta, como transacción entre sujetos vinculados, al valor de mercado (*arm's lenght*), la lógica fiscal impone su tratamiento como gasto deducible sin limitación alguna²¹. Corroborará esta tesis la jurisprudencia comunitaria sobre el IVA que, para esta misma tipología de servicios intragrupo desarrollada por las llamadas *holdings mixtas*, confirma la existencia de una «actividad económica» y, por ende, de una prestación de servicios a las filiales sujeta a

²⁰ La reciente versión de las Directrices OCDE de enero de 2022, publicada en inglés, no ha modificado los párrafos que aquí nos interesan, por lo que para obviar la referencia al texto no traducido, nos referimos a la inalterada versión española de 2018. Según el párrafo 7.14 de las directrices:

Las actividades que se centralizan dependen del tipo de negocio y de la estructura organizativa del grupo pero, en general, suelen incluir servicios administrativos tales como planificación, coordinación, control presupuestario, asesoría financiera, contabilidad, auditoría, servicios jurídicos, gestión de cobros, servicios informáticos; servicios financieros tales como la supervisión de los flujos de caja y de la solvencia, de los aumentos de capital, de los contratos de préstamo, de la gestión de riesgo de los tipos de interés y del tipo de cambio y refinanciación; asistencia en las áreas de producción, compra, distribución y comercialización; y servicios de gestión de recursos humanos, tales como la selección de personal y la formación. A menudo, los centros de servicio del grupo ejecutan los trabajos de gestión de pedidos, atención al cliente y centro de atención telefónica, trabajos de I+D o gestionan y protegen los activos intangibles de una parte o del conjunto del grupo multinacional. **En general, las actividades de este tipo se consideran como servicios intragrupo dado que son el tipo de actividades por las que una empresa independiente estaría dispuesta a pagar, o que ejecutaría por sí misma.**

Esa retribución se determinará conforme a las reglas de los párrafos 7.15 y ss.

²¹ Los principios de necesidad del gasto, y de correlación de ingresos y gastos, reconocidos por los sistemas tributarios internos, y por los artículos 9.1 y 2 de la frustrada Propuesta BICIS, abonan esta solución técnica. Por el contrario, el gasto incurrido para la obtención de una renta exenta del artículo 8 d) de la Propuesta BICIS (distribución de beneficios de la filial) no se consideraba deducible (art. 12 g) de la Propuesta de Directiva).

gravamen²². Por el contrario, el párrafo 7.10 de las directrices enfoca, en un sentido más estricto, las actividades desplegadas por la *holding* como accionista, y que, como tales, debe soportar sin que pueda repercutir a sus participadas como servicio intragrupo. Se trata de:

- a) los costes relacionados con la estructura jurídica de la sociedad matriz, tales como las juntas generales de accionistas de la sociedad matriz, la emisión de acciones de esta sociedad, la cotización en bolsa de la sociedad matriz y los gastos del consejo de vigilancia; b) los costes relativos a las obligaciones de la sociedad matriz en materia de registro contable (incluyendo la información financiera y de auditoría) de las operaciones, incluidos los relativos a la consolidación de informes; los costes de la auditoría de las cuentas de la filial por la sociedad matriz cuando dicha auditoría se realice exclusivamente en interés de la sociedad matriz, y los costes relacionados con la elaboración de los estados financieros consolidados del grupo multinacional (si bien en la práctica los costes incurridos en el ámbito local por las filiales no tienen que repercutirse necesariamente a la sociedad matriz o sociedad de cartera *-holding-* cuando resulte desproporcionadamente oneroso identificar y aislar dichos costes); c) los costes de obtención de fondos destinados a la adquisición de las participaciones y los incurridos por la sociedad matriz en sus relaciones con inversores, por ejemplo, los relativos a la estrategia de comunicación con los accionistas de la matriz, analistas financieros, fondos y otras partes interesadas en la sociedad matriz; d) los costes relativos al cumplimiento por parte de la sociedad matriz de las normativas tributarias pertinentes; e) Los costes que conlleva la gobernanza del grupo multinacional en su conjunto.

En nuestra opinión, y según la ineludible pauta-guía interpretativa de las *Guidelines*, los gastos de gestión de la participación se identificarían con los costes del accionista del párrafo 7.10; un concepto estricto y preciso, no repercutible como servicio intragrupo a las filiales, y cuya deducibilidad debe sacrificarse para obviar un denostado efecto de *doble dipping*. En cualquier caso, y supuesto ese ámbito material estricto de esos gastos de accionista, la predeterminación de un porcentaje no deducible de un 5 % admitiría alguna interpretación alternativa, más allá de su mera asimilación con un porcentaje que se aplica,

²² En este sentido, el TJUE ha admitido la intervención en la gestión de las filiales mediante la prestación de servicios administrativos, contables, informáticos y de concesión de préstamos (*Floridenne*, STJUE de 14 de noviembre de 2000, C-142/99 –NFJ009809–); servicios técnicos de administración y gestión (*Portugal Telecom*, STJUE de 6 de septiembre de 2012, C-496/11 –NFJ048085–); servicios administrativos y comerciales (*Larentia/Minerva*, STJUE de 15 de julio de 2015, C-108/14 y C-109/14 [acumulados] –NFJ059034–); la prestación de servicios facturados por terceros para la adquisición de acciones de sus filiales, tales como la auditoría de sociedades, la intervención en la negociación del precio de adquisición de las acciones, la organización de la toma de control de las sociedades y una intervención en materia jurídica y fiscal (*Cibo*, STJUE de 27 de septiembre de 2001, C-16/00 –NFJ011020–); e incluso se ha considerado intervención en la gestión de la cartera el arrendamiento de un bien inmueble a las filiales (*Marle Participations*, STJUE de 5 de julio de 2018, C-320/17 –NFJ070830–).

en todo caso, de una forma mecánica. A nuestro juicio, sería más acorde con la naturaleza y finalidad de la directiva, interpretarlo como un umbral máximo de no deducibilidad, lo que exigiría probar la existencia de esos gastos de la participación, o, incluso, y especialmente para los grupos societarios de estructura vertical, cabría interpretarlo como un límite conjunto, evitando su acumulación en cascada en cada eslabón de la cadena societaria. Una variable de esta última solución técnica sería la conocida en la legislación tributaria francesa que eleva la exención al 99 % del dividendo distribuido para los grupos societarios, obviando de esta forma la acumulación en cascada del 5 %²³. Este tipo de interpretaciones están implícitas en el considerando 11 del preámbulo de la directiva, que proyecta la imposición recurrente sobre toda la cadena societaria en los siguientes términos:

Quando los grupos de sociedades se organicen en cadenas de sociedades y los beneficios lleguen a la sociedad matriz distribuidos a través de la cadena de filiales, es preciso eliminar la doble imposición mediante exención o crédito fiscal. En el caso del crédito fiscal, **la sociedad matriz debe poder deducir todo impuesto abonado por cualquiera de las filiales de la cadena**, con supeditación al cumplimiento de las condiciones establecidas en la presente Directiva.

Antes de concluir este epígrafe, debemos efectuar una última consideración técnica sobre el alcance y significación de la Directiva Matriz-Filial, y es que su mandato de armonización no se agota en la regulación de situaciones de tráfico jurídico comunitario, sino que también, y en aras de una encomiable uniformidad interpretativa, proyecta su eficacia normativa, con el complementario control prejudicial del TJUE, a situaciones jurídicas puramente internas. Esta tesis no es en absoluto innovadora, y fue ya establecida en relación con la Directiva de Fusiones, por *Leur-Bloem* (STJUE de 17 de julio de 1997, C-28/95 –NFJ005725–). En esta emblemática sentencia, el TJUE, con invocación de otros antecedentes recaídos en materia extrafiscal, sostiene que siempre que el legislador nacional, al adaptar la ley interna a las disposiciones de la directiva, decida someter al mismo trato las situaciones puramente internas al previsto en la directiva, ora para no dispensar un tratamiento discriminatorio a sus nacionales, ora para obviar una eventual distorsión de la competencia, el tribunal será competente para conocer de su interpretación prejudicial. En tal caso existirá un interés comunitario manifiesto en garantizar una interpretación uniforme de conceptos comunitarios y soslayar posibles divergencias interpretativas²⁴. Pues bien, la doctrina *Leur-Bloem* se ha extendido a la Directiva Matriz-Filial con *Les Vergers du Vieux*, que reafirma la competencia

²³ Sobre la aplicación de esta regla en el entorno de la Unión Europea, véase AEDAF (2021a, pp. 112 y ss.).

²⁴ En el párrafo 32 de *Leur-Bloem* puede leerse:

el Tribunal de Justicia es competente para interpretar el Derecho comunitario cuando este no regula directamente la situación controvertida y, sin embargo, el legislador nacional ha decidido, al adaptar el Derecho nacional a las disposiciones de una Directiva, dispensar el mismo trato a situaciones puramente internas y a las que regula la Directiva, de forma que ha ajustado su legislación interna al Derecho comunitario.

comunitaria del TJUE, también en una situación de tráfico jurídico interno, cuando el legislador nacional adopta para los dividendos internos la misma regulación que para los dividendos transfronterizos. Esta vocación nomofiláctica, que aquí habría que calificar como vocación armonizadora, constituye una sólida base para desbordar el ámbito de la directiva y penetrar en el terreno de las situaciones jurídicas puramente internas, sobre todo en aquellos sistemas tributarios domésticos que, como el nuestro, mimetizan la solución comunitaria para la corrección de la doble imposición económica intersocietaria de fuente interna.

3. El peaje fiscal de los gastos de gestión en la sociedad matriz con filial no residente comunitaria: análisis de compatibilidad con la Directiva Matriz-Filial

Nuestra legislación nacional sobre la deducción de los gastos de gestión de la participación (arts. 21.10 y 32.4 LIS) se ajusta, en términos generales, a las exigencias de las libertades comunitarias de establecimiento y circulación de capitales, pero fricciona con la Directiva Matriz-Filial en dos aspectos concretos. En primer lugar, desconoce el ámbito objetivo del artículo 4.3 de la directiva, extendiendo regla del 5 %, de forma expansiva, a las plusvalías que, como ya hemos razonado más arriba, están fuera de la limitación de deducibilidad. El legislador nacional realiza una interpretación –no tanto extensiva, como innovadora– de una norma de excepción que debiera ser objeto de una interpretación estricta. Esta transposición *ultra vires* desborda el mandato de armonización y restringe indebidamente la corrección de la doble imposición económica.

En segundo lugar, nuestra norma fiscal interna detrae directamente el porcentaje del 5 % del dividendo o beneficio exento (art. 21.10 LIS) o del dividendo o beneficio que serviría de base para calcular el impuesto que hubiera debido pagarse en España (art. 32.4 LIS). Esta sustracción directa del beneficio o dividendo distribuido no se compadece exactamente con la previsión de la directiva, que ordena operar sobre el gasto de la sociedad matriz, y no sobre el beneficio distribuido por la filial, aunque este último sea el parámetro cuantitativo para aplicar el *fortait* no deducible del 5 %. Por el contrario, ambos preceptos legales operan sobre el beneficio distribuido, que queda reducido a una suerte de dividendo neto (por el 95 % de su importe). En el plano jurídico formal, esta restricción no encaja con el derecho subjetivo formal a la eliminación del dividendo íntegro que reconoce la jurisprudencia comunitaria (*Crédit Mutuel*). En el plano de la lógica fiscal, podría sostenerse la neutralidad del sistema estable-

Se trata de un criterio más laxo que el esgrimido en *Dzodzi*, STJCE de 18 de octubre de 1990 (C-287/88 y C-197/89 [acumulados]), que exigía una remisión expresa al Derecho de la Unión para dar entrada a la competencia prejudicial del TJUE. Con esta doctrina expansiva, no es de extrañar que algunos autores hayan censurado la invasión generalizada del Derecho comunitario en los derechos nacionales. Véase Vanistandael (2016, p. 563).

cido en los artículos 21.10 y 32.4 de la LIS respecto al sistema armonizado del artículo 4.3 de la directiva, porque la exención/imputación sobre el 95 % de la renta distribuida produce un efecto equivalente a la exención/imputación del 100 % del beneficio repartido con ulterior detracción del 5 % no deducible. De hecho, nuestro derecho interno se alinea con otros ordenamientos nacionales que corrigen la doble imposición económica sobre el «dividendo neto» del 95 % del flujo de beneficios, y que indirectamente ha avalado el TJUE²⁵.

Sin embargo, este planteamiento no es fiscalmente inane, porque: a) soslaya el problema iuscomunitario de si la regla del 5 % del artículo 4.3 de la directiva es aplicable también al método de imputación, cuestión vidriosa sobre la que ya nos hemos pronunciado en un sentido negativo; b) la aplicación del actual artículo 32.4 de la LIS adultera la forma de cálculo del impuesto subyacente, agravando las limitaciones inherentes al método de imputación ordinaria cuando la carga tributaria soportada en el Estado de la fuente es superior a la del Estado de residencia de la matriz; y c) en determinadas circunstancias, la aplicación del artículo 21.10 de la LIS puede suponer un gravamen indirecto que infringe la Directiva Matriz-Filial.

Con relación a este último aspecto, debemos detenernos en la copiosa jurisprudencia comunitaria que ha enjuiciado el sistema belga de exención de dividendos de fuente comunitaria. En cuanto aquí nos interesa, la sentencia más relevante es *Cobelfret*, a la que ya hemos hecho referencia en otro lugar, y en el que se analiza la compatibilidad con la directiva de la legislación tributaria belga, que aplica el método de la exención al 95 % del dividendo distribuido por filiales nacionales o extranjeras, pero que lo condiciona a que la sociedad matriz residente tenga resultados positivos. En los ejercicios fiscales de 1995 a 1998, *Cobelfret*, sociedad residente en Bélgica, había sufrido pérdidas, por lo que no pudo beneficiarse de la exención del 95 % del dividendo repartido por sus filiales residentes en territorio comunitario. El TJUE concluye que la legislación belga conculca la directiva porque produce una minoración de las pérdidas trasladables a otros ejercicios fiscales y, en la medida en que en esos otros ejercicios exista beneficio imponible, genera un gravamen indirecto del dividendo distribuido en los ejercicios fiscales posteriores²⁶. No empece esa

²⁵ Es el caso de Alemania, Francia e Italia. Véase AEDAF (2021a, pp. 112 y ss.). También era el caso de Bélgica antes de la última reforma inducida por la jurisprudencia comunitaria segregada en relación con la problemática aplicación de la exención del 95 % del dividendo distribuido.

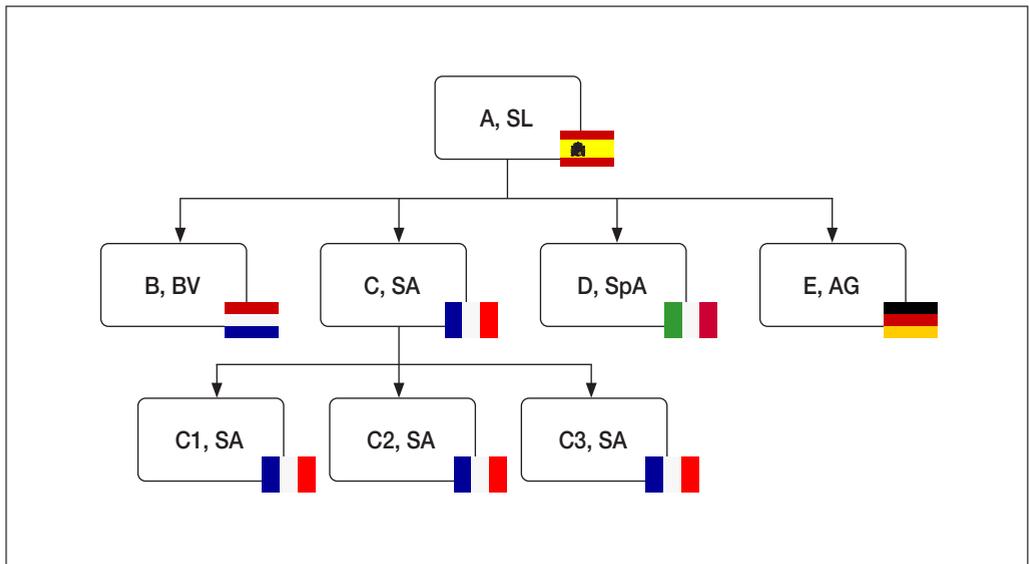
²⁶ En el párrafo 40 de la sentencia puede leerse:

De ello se desprende que, aunque los dividendos percibidos por la sociedad matriz no estén sometidos al ejercicio fiscal en el que dichos dividendos han sido distribuidos, la reducción de las pérdidas de la sociedad matriz puede dar lugar a que esta vea gravados indirectamente dichos dividendos en ejercicios fiscales posteriores, cuando sus resultados sean positivos.

En el mismo sentido, debemos colacionar también aquí la más reciente *Brussels Securities* (STJUE de 19 de diciembre de 2019, C-389/18 –NFJ075720–), que analiza de nuevo la legislación tributaria belga, y pese la reforma legislativa provocada por *Cobelfret*, llega a la misma conclusión. Según el TJUE, la directiva se opone «tanto a cualquier gravamen directo a la sociedad matriz por los beneficios

distorsión fiscal, según la Corte de Luxemburgo, el tratamiento simétrico que contempla la norma belga para filiales residentes y no residentes, porque «esto no justifica la aplicación de un régimen incompatible con el sistema de prevención de la doble imposición económica» previsto en el artículo 4.1 de la directiva.

Pues bien, nuestro artículo 21.10 de la LIS no condiciona la exención del 95 % a la preexistencia de una base imponible positiva de la matriz, pero puede producir un efecto muy similar, toda vez que si la sociedad matriz tiene pérdidas, la exención del 95 % supone la integración de un 5 % del dividendo distribuido por la filial, y el paralelo consumo de base imponible negativa. Esa contracción de la base imponible negativa trasladable a otros ejercicios fiscales que arrojen un resultado positivo producirá un idéntico fenómeno de gravamen indirecto del dividendo distribuido en ejercicios fiscales anteriores. Este efecto patológico se agrava cuando el grupo societario presenta una estructura de peine, en el que una *holding* con pérdidas se nutre de los dividendos de filiales comunitarias al mismo nivel –lo que no es necesariamente infrecuente, si aquella asume una función de canalización de inversiones financieras en filiales comunitarias–, como puede verse en el gráfico.



En una estructura corporativa en peine como la ejemplificada, coronada por una sociedad en pérdidas, el artículo 21.10 de la LIS puede transformarse en un peaje fiscal del 5 % del beneficio distribuido por las filiales, que drena las bases imponibles negativas de la matriz,

distribuidos por su filial como a las situaciones en las que la sociedad matriz sufre indirectamente un gravamen de los dividendos percibidos de su filial» (párrafo 53).

desplazando un gravamen indirecto de los dividendos distribuidos a periodos impositivos posteriores. Ahora bien, si la sociedad matriz arroja un resultado positivo que determina una cuota tributaria a ingresar, la aplicación facultativa de la deducción del impuesto subyacente (art. 32.4 LIS), amén de agravar las limitaciones consustanciales a la imputación ordinaria, afrontará problemas más graves, que aquí no podemos abordar, como el límite conjunto de deducibilidad al 50 % de la cuota tributaria²⁷, y que constituye una clara vulneración de la incondicional Directiva Matriz-Filial (*Cobelfret*). Esta aplicación horizontal de los artículos 21.10 y 32.4 de la LIS arrojará fácilmente esas consideraciones sobre el gravamen indirecto, y ello por unos gastos de participación cuyo montante efectivo puede ser muy inferior a la mecánica aplicación del *forfait* del 5 %.

Pero si existe un gravamen indirecto, especialmente dañino en términos de neutralidad fiscal, y que plantea no solo un problema de compatibilidad con la Directiva Matriz-Filial, es el efecto colateral que produce el artículo 21.10 de la LIS, en la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional de las *subholdings* no residentes. En este sentido, al no estrangular el legislador interno el análisis comparativo de la tributación efectiva con la *subholding* no residente, a la que no se aplique una norma de exclusión de la deducibilidad de gastos de la participación en un porcentaje del 5 %, se produce una transparencia fiscal *sobrevenida* que, a modo de indeseable gravamen indirecto, enturbia la corrección de la doble imposición de una forma tanto o más lesiva que la descrita en *Cobelfret* (en el gráfico, el reparto del dividendo por la *subholding* francesa C, SA, que integra dividendos de sus filiales territoriales exentas al 99 %).

4. El peaje fiscal de los gastos de gestión en grupos mercantiles nacionales: análisis de su compatibilidad constitucional y con el Derecho de la Unión Europea

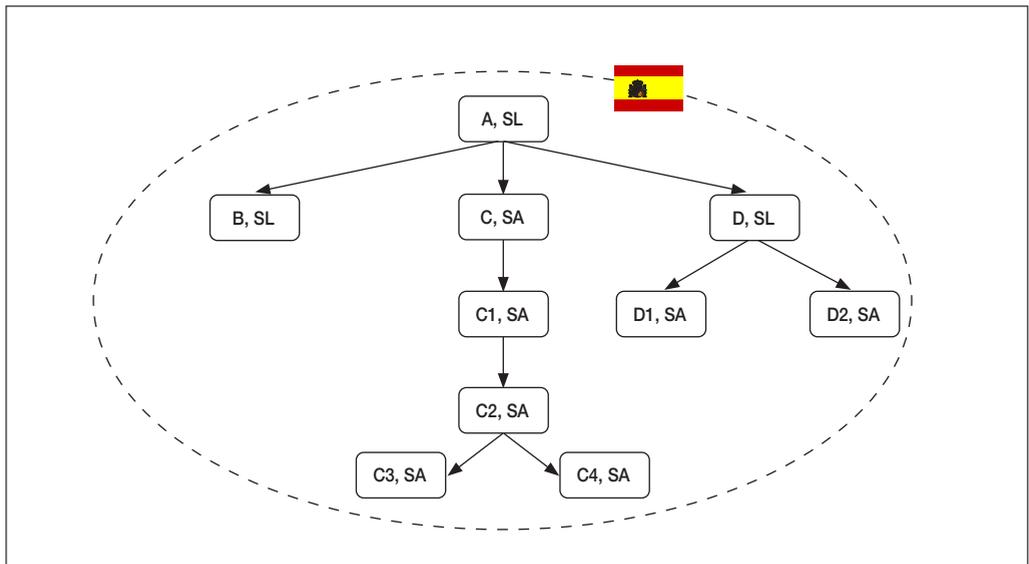
En segundo lugar, debemos abordar la problemática jurídica que suscita la aplicación de los artículos 21.10 y 32.4 de la LIS a los grupos societarios nacionales (matriz y filiales residentes en el territorio nacional), se hallen o no en régimen de consolidación fiscal. En nuestra inicial propuesta de análisis multinivel, nos proponemos ahora cohonestar nuestra legislación interna con un doble parámetro normativo de validez: el nivel constitucional interno y el Derecho de la Unión Europea.

²⁷ La disposición adicional decimoquinta.2 de la LIS, incorporada por el artículo 3.PrimerUno del Real Decreto-Ley 3/2016, de 2 de diciembre, dispone:

el importe de las deducciones para evitar la doble imposición internacional previstas en los artículos 31, 32 y apartado 11 del artículo 100, así como el de aquellas deducciones para evitar la doble imposición a que se refiere la disposición transitoria vigésima tercera, de esta Ley, no podrá exceder conjuntamente del 50 por ciento de la cuota íntegra del contribuyente.

En primer lugar, desde una estricta perspectiva iuscomunitaria, y de acuerdo con la ya glosada doctrina *Leur-Bloem*²⁸, son trasladables aquí las consideraciones jurídicas vertidas en el anterior epígrafe, aun cuando se trate de una situación jurídica puramente interna. En particular, y como ha subrayado *KBC Bank NV* (Auto del TJUE de 4 de junio de 2009, C-439/07 y C-499/07 [acumulados] –NFJ079352–), en el que se analiza un régimen de exención similar al enjuiciado en *Cobelfret*, el artículo 4.1 de la directiva y su efecto directo son plenamente aplicables a una situación jurídica interna, en la que las filiales residentes distribuyen dividendos a una matriz también residente.

Sentada la premisa de la plena invocabilidad del artículo 4.1 de la directiva, en una estructura corporativa piramidal de un grupo mercantil interno la aplicación mecánica del *forfait* del 5% puede lacerar gravemente la corrección de la imposición económica intersocietaria. La cadena societaria de distribución del dividendo reduce el artículo 21.10 de la LIS a una suerte de peaje fiscal, que se transforma en una imposición acumulada o en cascada, como ejemplifica el siguiente gráfico:



Como se observa en este gráfico, el flujo de dividendos procedente de las subfiliales C3 y C4 a la sociedad matriz A arrastra un peaje fiscal del 5% en cada eslabón de la cadena societaria, de tal forma que los *stewardship expenses* se transforman en una suerte de

²⁸ En realidad, no solo por la doctrina *Leur-Bloem*, sino incluso por la más rígida doctrina *Dodzi*, porque no es ocioso recordar que la propia la exposición de motivos de la Ley 11/2020 contiene una explícita referencia a la Directiva Matriz-Filial.

impuesto autónomo en cascada que desfigura totalmente la eliminación de la doble imposición económica, soportando la matriz A una carga fiscal acumulada de un 20 %²⁹. En la hipótesis de aplicación del tipo de gravamen general del 25 %, estaríamos ante un gravamen del 1,25 % del dividendo distribuido en cada eslabón de la cadena societaria, lo que no solo desfigura la capacidad económica gravada, sino que además compromete seriamente el principio de neutralidad fiscal. Como ya hemos apuntado más arriba, la lógica fiscal que anima la directiva es contraria a ese gravamen escalonado porque, como proclama el considerando 11 de su preámbulo, «la sociedad matriz debe poder deducir todo impuesto abonado por cualquiera de las filiales de la cadena».

Una situación como la descrita no ha sido resuelta directamente por la jurisprudencia comunitaria, aunque sí podemos extraer de alguna de sus sentencias la proyección del método de exención sobre toda la cadena societaria. Por ejemplo, en *Groupe Steria*, con relación a una consolidación fiscal interna, alude a la doble imposición económica y a la «imposición en cadena». Y en *X y Ministerraad* (STJUE de 17 de mayo de 2017, C-68/15 –NFJ066589–) se alude a la «distribución» y «redistribución» del dividendo, excluyendo que esa redistribución pueda superar *de facto* el tope máximo del 5 %³⁰. Más clara es la posición de la directiva en el método de imputación, en relación con el impuesto subyacente arrastrado de filiales. En su redacción originaria, solo admitía la corrección del impuesto subyacente soportado por la filial de primer nivel (*first-tier credit*), posibilitando situaciones de doble imposición económica en distribuciones de dividendos en cascada por filiales y subfiliales. A raíz del ECOFIN de 2003, la Directiva 123/2003/CE del Consejo dio una nueva redacción al artículo 4.1 de la Directiva Matriz-Filial para incorporar la distribución de dividendos en cadena³¹. Esta es

²⁹ Una planificación fiscal preventiva consistiría en la reordenación societaria para dibujar una estructura de peine que aligerara el coste fiscal acumulado. Sin embargo, esta posibilidad tropezaría con el obstáculo insalvable de la inexistencia de motivos económicos válidos frente la incontrovertida finalidad fiscal perseguida.

³⁰ En sus párrafos 79 y 80 puede leerse lo siguiente:

En efecto, en primer lugar, al establecer que el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro del establecimiento permanente «se abstendrán de gravar dichos beneficios», la referida disposición prohíbe que los Estados miembros graven a la sociedad matriz o su establecimiento permanente por los beneficios distribuidos por la filial a su sociedad matriz, **sin distinguir en función de que el hecho imponible en el que se base la tributación de la sociedad matriz sea la recepción de esos beneficios o su redistribución**. En segundo lugar, como se ha indicado en los apartados 70 y 71 de esta sentencia, la Directiva sobre sociedades matrices y filiales persigue el objetivo de eliminar la doble imposición en la sociedad matriz de los beneficios distribuidos por una filial a su sociedad matriz. Pues bien, **un gravamen de esos beneficios en la sociedad matriz por parte del Estado miembro de la sociedad matriz en el momento de redistribuirlos que tenga como consecuencia someter tales beneficios a un gravamen que rebasa, de hecho, el límite máximo del 5 % fijado en el artículo 4, apartado 3, de dicha Directiva conllevaría una doble imposición en esa sociedad, prohibida por la citada Directiva**.

³¹ El artículo 4.1 de la directiva prevé la disyuntiva entre la exención o la imputación ordinaria que, en este último caso, consiste en gravar el beneficio distribuido «autorizando al mismo tiempo a la sociedad

la solución que adopta el artículo 32.3 de la LIS, si bien, el requisito adicional de un umbral de participación del 5 % en las filiales de segundo y ulterior nivel infringe el artículo 4.1 de la directiva, cuya eficacia directa e incondicional sombrea ese *plus* de participación exigido³².

En definitiva, la Directiva Matriz-Filial no es ajena a la eliminación/corrección de la doble imposición económica en la imposición en cadena, y tampoco puede serlo la mecánica aplicación en cascada del porcentaje del 5 %. Y ello por un doble razonamiento. En primer lugar, por la propia lógica de neutralidad fiscal que la vertebraba, seriamente dañada por la sucesiva detracción de ese porcentaje en cada eslabón de la cadena societaria. En segundo lugar, porque el mismo concepto de gastos de la participación se resiente gravemente. En el concepto técnico y estricto de *stewardship expenses*, vinculado a lo que el párrafo 7.10 de las *Guidelines* califica como «actividad del accionista» no repercutible a las filiales, la detracción del 5 % parece justificada en la sociedad matriz, pero carece de sentido su reproducción clónica en cada nivel societario, máxime cuando, de forma acumulada, supone un gravamen indirecto que impide sustancialmente la corrección de la doble imposición económica. A nuestro modo de ver, no cabe otra solución técnica que abogar por una interpretación teleológica, respetuosa con la neutralidad fiscal, y entender que ese porcentaje del 5 % se refiere al conjunto del grupo mercantil. El principio de unidad económica, decisoria y organizativa está en la base de la consolidación contable, y justifica, en cuanto aquí nos interesa, no solo la centralización de servicios intragrupo, sino también de la actividad de accionista, en la propia sociedad cabecera. La doctrina contable justifica esa unidad económico-financiera en la sociedad cabecera³³, y la fundamentaría la centralización de la dirección y control económico-financiero, fiscal y de gobernanza del grupo (párrafo 7.10 de las directrices).

Más sangrante es el caso del régimen de consolidación fiscal, en el que la individualidad de las sociedades integrantes del grupo se funde en un solo sujeto pasivo (art. 56.1 LIS)³⁴.

matriz y a su establecimiento permanente a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y **abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel...**».

³² En el mismo sentido, véase el interesante estudio de Machancoses García (2017).

³³ Véase Capella San Agustín (1975, p. 161). El autor alude a:

creación de una entidad económica frecuentemente sin existencia real en el campo jurídico, y por tanto frente a terceros, pero que sin embargo posee una incuestionable existencia económico-financiera, caracterizada por la unidad de dirección y control, por una organización supeditada a la consecución de unos fines unitarios establecidos por la común capacidad decisoria.

³⁴ En la primigenia regulación del régimen de consolidación fiscal en el Real Decreto 1414/1977, de 17 de junio, ya se atribuía la condición de sujeto pasivo al grupo de sociedades. La doctrina soslayó su insuficiencia de rango normativo recurriendo al artículo 33 de la Ley General Tributaria (LGT) de 1963, relativo a las entidades carentes de personalidad jurídica que constituyen una unidad económica susceptible de imposición (art. 35.4 de la vigente LGT). Con el artículo 79.1 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, y con el artículo 65.1 del Texto Refundido de 2004 se mantuvo esta consideración –ahora ya con rango de ley– del grupo societario como sujeto pasivo. Esta cualidad subjetiva es todavía más intensa en el artículo 56.1 de la vigente LIS que atribuye al grupo fiscal

Ello significa que, dentro del perímetro de consolidación fiscal, ese sujeto pasivo único soporta no solo la doble imposición económica, sino incluso una suerte de doble imposición jurídica en la misma cabeza. El fundamento teórico del régimen de consolidación fiscal se ha rastreado en los principios de unidad económica y de capacidad económica. La *ratio iuris* del grupo fiscal como sujeto pasivo hay que buscarla en la «específica capacidad económica» que revela a través de su actuación unitaria en el tráfico económico, y que, en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 31.1 de la Constitución (CE), debe ser sometida a tributación³⁵. Desde esta perspectiva, la no eliminación de los gastos de participación intra-grupo en el método de exención adquiere una coloración constitucional, en la medida en que adultera la medición de esa capacidad económica única y específica del consolidado fiscal.

No ignoramos que el Tribunal Constitucional (TC), hasta la fecha, se ha mostrado refractario a conferir trascendencia constitucional a la doble imposición, más allá de la prohibición de doble gravamen del artículo 6 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), integrada en el llamado bloque de constitucionalidad³⁶. Sin embargo, y a nuestro juicio, la neutralización de la doble imposición económica no solo es una ineludible exigencia de eficiencia económica (neutralidad fiscal), sino también un irrenunciable postulado de justicia tributaria que, necesariamente, adquiere trascendencia constitucional en un «sistema tributario justo» (art. 31.1 CE). Que un mismo sujeto pasivo pague dos veces por el mismo impuesto (doble imposición jurídica), y por una misma fuente de renta (doble imposición económica), no deja de suponer una desviación del *ius suum quique tribuere*

la condición de *contribuyente*. Es decir, el sujeto pasivo que realiza el hecho imponible (art. 36.2 LGT), y que, como tal, asume la obligación tributaria principal de pagar la cuota tributaria (arts. 19 y 20.1 LGT). Por el contrario, las sociedades individuales que integran el grupo no son sujetos pasivos, aunque sí obligados tributarios sometidos a obligaciones formales y contables (STS de 22 de marzo de 1999, rec. núm. 3056/1994 –NFJ007684–).

³⁵ Véase López Llopis (2017, p. 133).

³⁶ Los Autos del TC 71/2008, de 26 de febrero (NFJ043198), 69/2018, de 20 de junio (NCJ063372) (FJ 3) y la Sentencia del TC 242/2004, de 16 de diciembre (NFJ019000) (FJ 6), establecen, de consuno, que:

la única prohibición de doble imposición en materia tributaria que se encuentra expresamente recogida en el bloque de la constitucionalidad viene establecida en el art. 6 de la Ley Orgánica de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA) y «garantiza que sobre los ciudadanos no pueda recaer la obligación material de pagar doblemente [al Estado y a las Comunidades Autónomas, o a las entidades locales y a las Comunidades Autónomas] por un mismo hecho imponible» [SSTC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 14; 149/1991, de 4 de julio, FJ 5 A); 186/1993, de 76 de junio, FJ 4 c); 14/1998, fundamento jurídico 11 c), y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 23].

Ahora bien, también franquean la puerta de su eventual pigmentación constitucional, vía vulneración del principio de capacidad económica, cuando advierten:

Fuera de este supuesto, la existencia de un doble gravamen por una misma manifestación de riqueza solo debería analizarse desde el punto de vista del principio de capacidad económica y de la prohibición de no confiscatoriedad a que hace referencia el art. 31.1 CE.

De esta forma, se corrobora, siquiera sea *obiter dicta*, que la vía impugnativa correcta es el principio constitucional de capacidad económica, en la que se hallaría embebida la prohibición de doble imposición.

que impone una elemental regla de equidad (art. 3.2 Código Civil) y de equitativa distribución de la carga tributaria (art. 3.1 LGT).

Frente al páramo yermo que dibuja la jurisprudencia constitucional, postulamos un nuevo enfoque analítico de la doble imposición para conferirle relevancia constitucional, desde el momento en que el propio artículo 31.1 de la CE anuda el deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a la idea de justicia tributaria. Esa idea primaria de equidad fiscal, a la que repugna el pago duplicado de un *mismo* impuesto por una *misma* renta que revela una *misma* capacidad económica, puede hallar acomodo en la nueva jurisprudencia constitucional sobre el principio de capacidad económica que ha segregado el controvertido impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU).

El TC, de una forma progresiva, ha sometido la configuración objetiva de su base imponible a un riguroso filtro de constitucionalidad, cuando no existe un incremento de valor del inmueble urbano transmitido (STC 50/2017 –NCJ062417–), o cuando la cuota tributaria absorbe totalmente incremento de valor gravado (STC 126/2019 –NFJ075398–), pero siempre desde la doble perspectiva de los principios constitucionales de capacidad económica e interdicción de la confiscatoriedad. Con la Sentencia 182/2021, de 26 de octubre (NCJ065794) acoge un auténtico *prospective overruling*³⁷ operando un cambio de criterio en su jurisprudencia³⁸, que supone una profundización en la consideración del principio de capacidad económica como «criterio, parámetro o medida de la tributación» (FJ 4). Según el Alto Tribunal, la contribución al sostenimiento de los gastos públicos debe hacerse no de cualquier manera, sino «de acuerdo con su capacidad económica»; cualidad subjetiva del obligado a contribuir (STC 27/1981, de 20 de julio –NFJ000001–, FJ 4) que se erige no solo en un «criterio inspirador del sistema tributario» (SSTC 19/1987, de 17 de febrero –NFJ000249–, FJ 3, y 193/2004, de 4 de noviembre –NFJ018541–, FJ 5) u «ordenador» de dicho sistema (SSTC 182/1997, de 28 de octubre –NFJ005623–, FJ 6, y 193/2004 –NFJ018541–, FJ 5),

³⁷ La doctrina del *prospective overruling* agrieta la *doctrine of Stare Decisis* que, de forma granítica y en la formulación clásica debida a Blackstone, constriñe al juez a seguir el *binding precedent* sentado por una *higher court*, dejando al juez del caso vinculado por el precedente la decisión discrecional sobre su aplicación retroactiva. La sentencia de inconstitucionalidad es calificada, *expressis verbis*, como *overruling* en los votos particulares de los magistrados Sres. González Rivas, y de Conde-Pumpido Tourón, al que se adhiere la magistrada Balaguer Callejón. En ambos casos, se acuña el término en su más prístino sentido anglosajón, es decir, como cambio de criterio.

³⁸ Según su FJ 4 «los postulados sobre el principio de capacidad económica como criterio de la tributación plasmada en las sentencias relativas al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana –foral y común– merecen ser revisados». La sentencia habla de «revisión» de sus postulados sobre el principio de capacidad económica como criterio de imposición y de «revitalización como medida de cuantificación en los impuestos». Con esta relevante sentencia, el TC sienta la triple funcionalidad operativa del principio constitucional de capacidad económica: a) como fundamento, sustrato o fuente de la imposición; b) como criterio, parámetro o medida de la imposición, y c) como límite negativo de la imposición, no ya del sistema tributario en su conjunto, sino de cada singular figura tributaria (no confiscatoriedad).

sino que opera singularmente también, a diferencia de otros principios (como, por ejemplo, el de progresividad), en la configuración de cada tributo. No basta con que deban contribuir al sostenimiento de las cargas públicas únicamente quienes tengan capacidad económica para ello, sino que es necesario que la proporción de la contribución que cada individuo deba realizar al sostenimiento de los gastos públicos se determine también en atención a su capacidad económica. En efecto, el artículo 31.1 de la CE contiene un mandato que vincula a los poderes públicos:

(i) a exigir esa contribución a todos los contribuyentes cuya situación ponga de manifiesto una capacidad económica susceptible de ser sometida a tributación» (por todas, SSTC 96/2002, de 25 de abril, FJ 7; 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 4, y 10/2005, de 20 de enero, FJ 6) y (ii) a exigirla en función de la intensidad con que aquella capacidad económica se ponga de manifiesto en esos contribuyentes, de forma que se lesionará este principio si «quienes tienen menor capacidad económica soportan una mayor carga tributaria que los que tienen capacidad superior» (STC 46/2000, de 14 de febrero, FJ 8).

Solo puede exigirse un impuesto cuando existe capacidad económica y en la medida –en función– de la capacidad económica (STC 182/1997, de 28 de octubre –NFJ005623–, FJ 6).

De ahí que [concluye el Alto Tribunal], **sobre todo en los impuestos, rija la capacidad económica no solo en la elección de los hechos impositivos, sino también en la de los métodos impositivos o medidas técnicas que, partiendo de la realización de esa manifestación de capacidad económica tipificada, conduzcan a la determinación de la cuantía del tributo.** (FJ 4).

Este nuevo canon de constitucionalidad, esta «revitalización» del principio de capacidad económica como «medida de cuantificación en los impuestos», como criterio o parámetro de imposición, puede extrapolarse también a la corrección de la doble imposición económica, en la medida en que nos hallamos ante una «medida técnica» para la «determinación de la cuantía del tributo». Desde este nuevo enfoque analítico, la aplicación en cascada y acumulada del *forfait* del 5 % no deducible cuestiona la constitucionalidad del artículo 21.10 de la LIS. Y ello, tanto en grupos mercantiles como en grupos fiscales consolidados, si bien *a fortiori* en este último caso, porque existe un solo sujeto pasivo-contribuyente.

En otro orden de cosas, el también reformado artículo 64 de la LIS excluye el 5 % del sistema de eliminaciones del consolidado fiscal. De esta forma se construye una excepción fiscal injustificada a la normativa de consolidación contable, toda vez que el artículo 49 del Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, por el que se aprueban las NOFCAC³⁹, or-

³⁹ Acrónimo de las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas. Ciertamente estas normas se refieren a la consolidación contable no a la consolidación fiscal. Sin embargo, tampoco podemos

dena, sin excepción alguna, la «eliminación de los dividendos internos». No se trata de una aislada norma nacional, sino de la transposición interna del artículo 26.1 b) de la Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, y del reflejo doméstico del Reglamento (CE) n.º 1126/2008 de la Comisión, de 3 de noviembre de 2008 y el Reglamento (CE) n.º 1606/2002, de 19 de julio, del Parlamento Europeo y del Consejo; normativa europea a la que se remite expresamente la exposición de motivos del precitado Real Decreto 1159/2010. Reaparece de nuevo el fantasma de la doctrina *Dodzi/Leur-Bloem* –ahora con el efecto reforzado de la aplicación directa de los reglamentos comunitarios (art. 288 TFUE)–, que abre en canal un nuevo flanco de fricción con el Derecho de la Unión Europea.

La ratio del artículo 64 de la LIS no es otra que obviar la posible discriminación indirecta que supondría reconocer al grupo fiscal la neutralización de ese 5 % de dividendos distribuidos por sus filiales residentes, por el propio mecanismo de las eliminaciones intragrupo en el consolidado fiscal, mientras que el dividendo distribuido por filiales no residentes, por definición, situadas en el extrarradio del perímetro de consolidación, no podrían neutralizar el 5 % de los *stewardship expenses*. Esta doctrina quedó claramente establecida en *Gruppen Steria* (STJUE de 2 de septiembre de 2015, C-386/14 –NFJ059184–), que abordó este análisis comparativo en la legislación fiscal francesa, concluyendo que concurría una vulneración de la libertad de establecimiento del artículo 49 del TFUE. Sin embargo, no podemos compartir este planteamiento por varias razones. En primer lugar, porque en *X Holding* (STJUE de 25 de febrero de 2010, C-337/08 –NFJ037112–) se reconoce la legitimidad del grupo fiscal, como unidad fiscal integrada exclusivamente por la matriz y sus filiales residentes, que se justifica por la necesidad de mantener un reparto equilibrado de la potestad tributaria, rechazando toda eventual lesión a la libertad de establecimiento. En segundo lugar, porque en *Papillon* (STJUE de 27 de noviembre de 2008, C-418/07 –NFJ030334–) se admitió la preservación de la coherencia fiscal como causa de justificación de un trato fiscal discriminatorio en el régimen de consolidación fiscal, que permite compensar sus ventajas con sus desventajas⁴⁰. En particular, la neutralización de las operaciones intragrupo se

desconocer que, en materia de eliminaciones, el reformado artículo 64 de la LIS absorbe totalmente esa normativa contable. Según este precepto legal:

las eliminaciones se realizarán de acuerdo con los criterios establecidos en las Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas, aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, siempre que afecten a las bases imponibles individuales y con las especificidades previstas en esta Ley.

⁴⁰ El proceso intelectual para el descubrimiento de una discriminación/restricción fiscal, sin perjuicio de alguna que otra reconocida especificidad, responde a un parámetro predeterminado. La estructura del razonamiento jurídico utilizado por el TJUE reproduce siempre un mismo esquema lógico-deductivo que, enunciado de forma sintética, es el siguiente: a) análisis de la comparabilidad de situaciones; b) identificación de un tratamiento diferenciado; c) ausencia de causa de justificación (razón imperativa de interés general); d) test de proporcionalidad. La coherencia fiscal es una de esas razones imperativas de interés general acuñada por la jurisprudencia comunitaria y, como tal, debe resistir el juicio de proporcionalidad.

compensaría con la imposibilidad de depreciación de cartera por las pérdidas de la filial⁴¹. En tercer lugar, porque *Groupe Steria* parece una sentencia desfasada, contraria al signo de los tiempos. En efecto, así lo corrobora, a nivel comunitario, el propio artículo 9 de la nonnata Propuesta de Directiva del Consejo, de 25 de octubre de 2016, relativa a la base imponible común consolidada (BICCS), posterior a esa sentencia, que prevé la eliminación, sin excepción alguna para los gastos de gestión de la participación, de las pérdidas o beneficios por operaciones intragrupo.

5. El peaje fiscal de los gastos de gestión en la sociedad matriz residente con filial de un tercer Estado: análisis de compatibilidad con el CDI aplicable

La no deducibilidad de un porcentaje predeterminado de los gastos de la participación en la corrección de la doble imposición económica puede vulnerar las estipulaciones del CDI aplicable, constituyendo *treaty overriding*, en la medida en que puede suponer una modificación unilateral del régimen convenido⁴². Esta prioridad convencional sobre la ley interna

⁴¹ *Papillon* recuerda que:

puede existir una relación directa, en el régimen de consolidación fiscal, entre una ventaja fiscal concedida a las sociedades que forman parte del grupo fiscal consolidado y una desventaja que resulta de dicha neutralización de las operaciones internas de dicho grupo.

En la propia *Groupe Steria* se reconoce la virtualidad de la coherencia fiscal del sistema para excepcionar una eventual discriminación fiscal y, refiriéndose a *Papillon*, se aduce que:

en el asunto que dio lugar a esa sentencia, la toma en consideración inmediata por la sociedad matriz de las pérdidas sufridas por su filial era compensada por el hecho de que se prescindía, en el contexto de un grupo fiscal consolidado, de la existencia de una participación de la primera sociedad en la segunda, lo que imposibilita, a la sociedad matriz, constituir una provisión por depreciación de la participación en la filial que sufre las pérdidas.

⁴² El artículo 27 de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 establece que «El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado». El artículo 96.1 de la CE es fiel reflejo, en nuestro derecho interno y con rango constitucional, de este precepto convencional. El *Conséil d'État*, en su Sentencia de 17 de febrero de 2017 (caso *Givenchy-LVMH*), declaró que la cláusula convencional de eliminación de la doble imposición económica prevalece sobre las disposiciones nacionales. En nuestro país, esta prelación convencional automática se ha flexibilizado por la DGT, que ha admitido que el contribuyente pueda optar entre aplicar el método interno o el convencional (Consulta 890/2003, de 25 de junio –NFC018062–, entre otras), criterio seguido por las Sentencias de la Audiencia Nacional (AN) de 18 de noviembre de 2008 (rec. núm. 633/2005 –NFJ031330–) y de 24 de enero de 2013 (rec. núm. 6/2010 –NFJ050172–), e incluso por el propio TS en Sentencia de 15 de diciembre de 2011 (rec. de cas. núm. 668/2009 –NFJ076952–). Algunos CDI ratificados recientemente por España incorporan esta opción del contribuyente, como los suscritos con Andorra (2015), Reino Unido (2013), México (2015) o Canadá (2014), entre otros. Sin embargo, que se reconozca esa opción, por vía convencional o

se reconoce de forma explícita en el artículo 3 de la LIS, trasunto de la genérica preferencia jerárquica proclamada en el artículo 7.1 b) de la LGT. Pero además el CDI, como tratado o convenio internacional –cuya única especialidad *ratione materiae* es que tiene por objeto distribuir y coordinar la potestad tributaria de los Estados contratantes–, está dotado de la singular fuerza normativa que le confiere la adscripción de nuestro ordenamiento jurídico a un sistema monista de recepción del Derecho Internacional (art. 96.1 CE y art. 1.5 Código Civil), en el que, a diferencia de lo que ocurre en los países anglosajones, los tratados y convenios internacionales se incardinan automáticamente en el engranaje normativo doméstico desde su sola publicación en el BOE. Por lo demás, el *treaty overriding* adquiere también relevancia constitucional desde el momento en que, en virtud del artículo 96.1 de la CE, los CDI válidamente celebrados forman parte del ordenamiento interno, y «sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». Ello significa que la aplicación del porcentaje del 5% por los artículos 21.10 y 32.4 de la LIS sin el suficiente amparo convencional, no solo incurriría en vulneración del CDI, sino que estaría además viciada de inconstitucionalidad.

Sin embargo, esta doble conclusión podría ser precipitada y debe ser, necesariamente, matizada *ad casum*. Lo primero que debemos subrayar es que en el ecosistema fiscal OCDE, a cuya filiación se adscribe nuestra red de convenios, no se contempla con carácter general la eliminación de la doble imposición económica intersocietaria. El vigente modelo de CDI solo se refiere a la doble imposición jurídica, y ello es así porque, según el Comité de Asuntos Fiscales, no existía el suficiente grado de consenso entre los Estados miembros. Su resistencia atávica a construir un paradigma de corrección de la doble imposición económica solo se explica, en esta deletérea materia, por su acusada permeabilidad al fraude y al abuso. Por ello, y pese a su intrínseca vinculación con el objeto y finalidad del Modelo de Convenio, son los Estados miembros los que deben paliar bilateralmente los efectos de la doble imposición económica, sin perjuicio de que el propio Comité de Asuntos Fiscales recomiende la utilización alternativa del método de exención o de imputación⁴³. Por ende, parece inexcusable descender a la tupida red capilar de CDI celebrados por nuestro país para determinar cuándo existe o no vulneración del régimen convenido.

jurisprudencial, no desvirtúa en absoluto que pueda invocarse un derecho subjetivo a la eliminación de la doble imposición conforme a las reglas convencionales, suscitando su aplicación directa y, en su caso, su vulneración por la ley fiscal nacional.

⁴³ De la corrección de la doble imposición económica se ocupan muy tangencialmente los párrafos 49 y ss. de la última edición de los comentarios al Modelo de la OCDE, y lo hacen para reconocer a los Estados contratantes una amplia libertad para regular bilateralmente esta imposición recurrente que «supone un obstáculo realmente importante para el desarrollo de las inversiones internacionales». En particular, y en cuanto aquí nos interesa, «los Estados tienen libertad para fijar los límites y modalidades de aplicación de estas disposiciones (definición y duración mínima de la tenencia de la participación, proporción de los dividendos que se estimen absorbidos por los gastos administrativos o financieros)...».

En términos generales, la más autorizada doctrina sostiene que el conjunto de reglas convencionales aplicables a cada situación bilateral integra un «método convencional autónomo e independiente» de la legislación interna⁴⁴. Ahora bien, ello no significa que el CDI y la normativa fiscal interna constituyan compartimentos estancos, sino que donde aquella sea muy genérica o, simplemente, no regule una determinada cuestión, cabría recurrir a una suerte de función complementaria de la normativa tributaria doméstica⁴⁵. Esa complementariedad del derecho interno solo tiene sentido en el método de imputación, por su propia e intrínseca complejidad, pero en rigor es innecesaria en el método de exención caracterizado por su autosuficiencia y simplicidad aplicativa. Quizás por ello la legislación fiscal interna española carece de reglas aplicativas del método de exención previsto en los CDI, aunque tampoco podemos desconocer una copiosa jurisprudencia que defiere a la legislación fiscal doméstica la determinación de la renta exenta, identificándola no con la renta bruta percibida, sino con la renta neta, una vez deducidos los gastos generales y específicos incurridos para su obtención⁴⁶.

El problema que nos planteamos ahora es si esa jurisprudencia relativa a la doble imposición jurídica es trasladable también a la doble imposición económica intersocietaria, lo que permitiría validar la exclusión de los gastos de gestión de la participación del artículo 21.10 de la LIS respecto de una filial situada en un tercer Estado. Esta asimilación concep-

⁴⁴ Véase Calderón Carrero (2019, p. 773).

⁴⁵ Véanse los párrafos 32, 38-46 y 60-66 del comentario al artículo 23 del Modelo de Convenio OCDE, aunque, debemos insistir, referidos a la doble imposición jurídica. A título de ejemplo, pero sin invocar el *soft law* de la OCDE, así lo ha entendido la STS de 6 de febrero de 2015 (rec. núm. 290/2013 –NFJ057490–) sobre el controvertido CDI hispano-brasileño. Y la SAN de 10 de julio de 2015 (rec. núm. 281/2012 –NFJ059306–), de marcado tono pedagógico, lo expresa en los siguientes términos en el llamado caso *ING*:

Ahora bien, la relación entre las disposiciones previstas en los CDIs y la legislación estrictamente interna no se reduce ni se puede explicar únicamente a partir de tal regla de primacía convencional. Así, por un lado la prioridad o prevalencia de los CDIs sobre el Derecho interno no debe llevar a la conclusión de que los CDIs y el Derecho interno constituyen compartimentos estancos. Por el contrario, entre las normas convencionales y la normativa interna existe una interrelación normativa en el sentido de que complementa la regulación convencional; estamos ante conjuntos normativos que interseccionan para complementarse; por ejemplo, las disposiciones internas reguladoras de los métodos para eliminar la doble imposición dotan de contenido concreto a los principios generales establecidos en el artículo 23 de los CDIs y complementan la regulación convencional allí donde esta resulta muy genérica o donde simplemente no se ha regulado expresamente una concreta cuestión. En muchos casos resultaría prácticamente imposible la eliminación de la doble imposición internacional si la regulación prevista en el artículo 23 de un CDI no resultara complementada por lo dispuesto en la legislación interna del Estado contratante de residencia del sujeto pasivo.

⁴⁶ A título de ejemplo, abordan esta cuestión la SAN de 24 de septiembre de 2020 (rec. núm. 288/2017 –NFJ079931–) o las SSTS de 14 de junio de 2013 (rec. núm. 1256/2011 –NFJ051436–) y de 20 de octubre de 2011 (rec. núm. 1903/2009 –NFJ045145–).

tual nos parece, supuesta la diferencia estructural existente la doble imposición jurídica y económica, un tanto forzada, y, en cualquier caso, no abonaría la aplicación mecánica del *forfait* del 5 %, salvo que mediara una previsión convencional *ad hoc*.

El problema se torna más vidrioso cuando el CDI aplicable contiene una explícita remisión a nuestra legislación doméstica. En la práctica convencional española no constituye una realidad infrecuente. Es el caso del Convenio entre el Reino de España y el Reino Unido de 14 de marzo de 2013 que, en un escenario *post-brexít*, debe contemplarse como un tercer Estado, y cuyo artículo 22.1 prevé la aplicación alternativa de la legislación interna española o del propio convenio para eliminar la doble imposición, pero que, en este último caso, se remite a la legislación fiscal española⁴⁷. Sin la pauta hermenéutica cualificada de los comentarios al Modelo de Convenio, parece que habrá que analizar en cada caso si estamos ante una mera cláusula de estilo, o ante una auténtica remisión normativa al margen del CDI como en el caso del Convenio hispano-británico. Sin embargo, aun en este último caso, queda la duda de si estamos ante una cláusula «desconvencionalización», que debe interpretarse con toda la generosidad que el legislador nacional quiera imprimirle unilateralmente, sacrificando el objeto y finalidad del convenio. Dicho en otros términos, la no deducibilidad del 5 % del gasto asociado a la participación, o aún más grave, la limitación de la deducibilidad del impuesto subyacente al 50 % de la cuota íntegra introducida por el Real Decreto-Ley 3/2016, puede entrañar una subrepticia imposición recurrente contraria a la finalidad del convenio y a las reglas generales de interpretación convencional decantados por la Convención de Viena del Derecho de los Tratados⁴⁸.

⁴⁷ El artículo 22.1 a iii) del convenio prevé «la deducción del impuesto sobre sociedades efectivamente pagado por la sociedad que reparte los dividendos, correspondiente a los beneficios con cargo a los cuales dichos dividendos se pagan, **que se otorgaría de acuerdo con la legislación interna de España**». En el mismo sentido, podemos citar el artículo 22 iii) del CDI de 31 de marzo de 2005 suscrito con Colombia, el artículo 23.1 iii) del CDI de 7 de octubre de 2010 celebrado con Panamá o del artículo 24.1 iii) del CDI con México modificado por el Protocolo de 17 de diciembre de 2015. En otras ocasiones, no se dice nada en la cláusula de corrección de la doble imposición económica intersocietaria, pero sí se hace una genérica referencia a la legislación española interna, a modo de cláusula de estilo que abre el precepto convencional dedicado a la doble imposición (jurídica y económica). Es el caso del artículo 24.1 del CDI de 22 de febrero de 1990 con Estados Unidos, no modificado por el Protocolo de 14 de enero de 2013, o del artículo 23.1 del CDI de 26 de octubre de 1993 celebrado con Portugal que, tras convocar nuestras disposiciones legales internas, matiza que «siempre que no contradigan los principios generales establecidos en este apartado». Otros muchos CDI ratificados por nuestro país silencian toda referencia a nuestra legislación doméstica.

⁴⁸ La remisión a la legislación interna no puede concebirse como una patente de corso para dinamitar el CDI, no solo porque conculcaría los principios de prohibición de modificación unilateral y de *pacta sunt servanda* establecidos de consuno por los artículos 23 y 26 de la Convención de Viena, que de suyo impedirían el vaciamiento del CDI por el legislador nacional, sino también porque tensionaría las propias reglas de hermenéutica convencional del artículo 31.1 de la precitada convención, a cuyo tenor: «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y **teniendo en cuenta su objeto y fin**».

6. La «sobrevenida» transparencia fiscal internacional: su dudosa compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea

El artículo 4.2 de la vigente Directiva-Matriz Filial confiere al Estado miembro de la sociedad matriz la potestad de calificar a la filial no residente como transparente fiscal con arreglo a las disposiciones legales en cuya virtud se constituyó. El precepto contempla una posible calificación asimétrica de la transparencia fiscal de la filial no residente, con el velado propósito de conjurar el riesgo *double dipping* que entrañaría su comportamiento híbrido⁴⁹. Ahora bien, en caso de producirse esta denostada asimetría híbrida, el artículo 4.2 de la directiva no impide la integración del beneficio de la filial en la sociedad matriz, si bien prevé expresamente que «en este caso, dicho Estado miembro se abstendrá de gravar los beneficios distribuidos de la filial».

Esta previsión normativa del artículo 4.2 de la directiva adquiere un remozado protagonismo en nuestro sistema tributario interno, con la sucesiva reforma legislativa de la transparencia fiscal internacional emprendida, respectivamente, por la ya citada Ley 11/2020, que traslada al artículo 100.9 de la LIS la regla de no deducibilidad del 5 % de los gastos de gestión de la participación⁵⁰, y, sobre todo, por el artículo primero.cuatro de la Ley 11/2021, de 9 de julio, que traspone a nuestro derecho interno la armonización de las sociedades extranjeras controladas acometida por ATAD. En este nuevo escenario normativo, las *subholdings* no residentes que, en virtud de su normativa tributaria doméstica, no conocen el *forfait* del 5 % no deducible, o porcentaje similar, pueden incurrir en una transparencia fiscal «sobrevenida»⁵¹. Esta situación se ha visto agravada por la supresión del requisito de

⁴⁹ Esta conclusión es obvia, porque si el ordenamiento tributario del Estado de la sociedad filial la califica como transparente caería, ex artículo 2 a iii) de la directiva, fuera de su ámbito objetivo. Luego, el presupuesto normativo del artículo 4.2 de la directiva es que la propia directiva sea aplicable, pero que se produzca, en relación con el Estado miembro de la sociedad matriz, un *hybrid mismatch*. En este sentido, véase Calderón Carrero (2017 y ss.).

⁵⁰ Según el reformado artículo 100.10 de la LIS:

no se integrará en la base imponible los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido incluida en la base imponible. A estos efectos, el importe de los dividendos o participaciones en beneficios se reducirá en un 5 por ciento en concepto de gastos de gestión referidos a dichas participaciones, salvo que concurren las circunstancias establecidas en el apartado 11 del artículo 21 de esta Ley:

⁵¹ El vigente artículo 100.1 b) de la LIS requiere, como presupuesto para la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional, que:

el importe satisfecho por la entidad no residente en territorio español, imputable a alguna de las clases de rentas previstas en el apartado 2 o 3 de este artículo por razón de gravamen de naturaleza idéntica o análoga a este Impuesto, sea inferior al 75 por ciento del que hubiera correspondido de acuerdo con las normas de aquel.

La no deducibilidad del 5 % en concepto de gastos de gestión de la participación supone, o puede suponer que, con relación a *holdings* no residentes sin ese porcentaje de no deducibilidad, o con un

mínima sustancia económica del que hasta ahora disfrutaba la *subholding* no residente, y que le permitía sustraerse a la regla de transparencia fiscal internacional⁵². Y no mejor suerte disfrutaban las *subholdings* comunitarias, a las que ahora se exige el preceptivo desarrollo de una «actividad económica» –a modo de *holding mixta*–, sin que puedan excepcionar la concurrencia de «motivos económicos válidos»⁵³. La consecuencia lógica de este doble

porcentaje menor, como en el caso francés que en grupos societarios extiende la exención al 99 % de la renta de la filial, el análisis comparativo del nivel de tributación soportado por un «gravamen de naturaleza idéntica o análoga» determine su automática transparencia fiscal. Este efecto intentó estrangularse infructuosamente con la enmienda de adición n.º 10 presentada al Ministerio de Hacienda por la AEDAF, que sugería incrustar en el artículo 100.1 b) de la LIS la siguiente aclaración: «A estos efectos no se tendrá en consideración la tributación parcial en España que establece el apartado 10 del art. 21». Esta enmienda técnica se justificaba por cuanto

no parece razonable que la modificación de la política tributaria española hasta donde le permite una directiva europea, vaya a atraer la tributación inmediata de todas las rentas no distribuidas que se han generado en el exterior y que ya tributarán en España en el momento de su repatriación, en su caso.

Véase AEDAF (2021b).

⁵² En su redacción originaria, anterior a la modificación operada por la Ley 11/2021, el artículo 100.4 de la LIS preveía que:

No se imputarán las rentas previstas en las letras b) y e) anteriores, en el supuesto de valores derivados de la participación en el capital o en los fondos propios de entidades que otorguen, al menos, el 5 por ciento del capital de una entidad y se posean durante un plazo mínimo de un año, con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no cumpla los requisitos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta Ley.

La ablación de esa excepción de mínima sustancia económica deja las *holdings* de no residentes receptoras de dividendos a la intemperie, que ya tampoco pueden arroparse en el también suprimido párrafo segundo de este precepto legal, a cuyo tenor:

En el supuesto de entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, los requisitos relativos al porcentaje de participación así como la existencia de una dirección y gestión de la participación se determinará teniendo en cuenta a todas las que formen parte del mismo.

Una interpretación correctora para readmitir este criterio de sustancia económica referido globalmente al grupo societario podría consistir en postular la aplicación subsidiaria del artículo 5.2 d) de la LIS, aunque tropezaría con el óbice insalvable de su supresión por la Ley 11/2021.

⁵³ En su anterior dicción legal, el artículo 100.16 de la LIS disponía que:

Lo previsto en este artículo no será de aplicación cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas...

Con la Ley 11/2021 se ha podado de esta cláusula de escape toda referencia a la existencia de «motivos económicos válidos», que, más que una innecesaria reiteración tautológica, mimetizaba la jurisprudencia comunitaria sobre la cláusula antiabuso hoy codificada en el artículo 6 de la Directiva ATAD. En cualquier

cambio normativo es que la sociedad matriz se ve inexorablemente abocada a integrar en su base imponible el beneficio no distribuido de sus *subholdings* no residentes, incluso si residen en territorio comunitario; un efecto colateral de la no deducibilidad del 5 % que, de suyo, supone un gravamen indirecto prohibido por la Directiva Matriz-Filial (*Cobelfret*).

En nuestra opinión, esta excesiva precipitación legislativa, abonada por una no menos irreflexiva pulsión recaudatoria, pugna con el canon comunitario de sustancia económica decantado por el TJUE, codificado en la cláusula antiabuso (GAAR) y en el régimen de *Controlled Foreign Companies* (CFC) de la Directiva ATAD⁵⁴. En efecto, la proyección de la transparencia fiscal internacional en el espacio comunitario podría conculcar la libertad de establecimiento al solapar una restricción fiscal encubierta. En este escenario, *Cadbury Schweppes*, STJCE de 12 de septiembre de 2006 (C-196/04 –NFJ023535–), supone una contribución decisiva en la fijación del elemento objetivo de la GAAR comunitaria, la configuración de las normas internas de CFC, y en su compatibilidad con la libertad comunitaria de establecimiento⁵⁵. *Cadbury* construye un razonamiento jurídico en cuya ilación lógica se aprecian claramente los *steps* del enfoque analítico del Tribunal de Justicia en los casos de restricción fiscal a una libertad comunitaria, pero su virtualidad práctica, en cuanto aquí nos interesa, radica en la cláusula de actividad, o de sustancia económica, para excluir una eventual finalidad elusiva. En efecto, constata que la transparencia fiscal internacional solo justifica una restricción a la libertad de establecimiento cuando se trate de «montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica» con una finalidad de elusión fiscal. Es decir,

para que la legislación sobre la SEC sea conforme al Derecho comunitario, la aplicación del régimen de tributación previsto por la citada legislación debe quedar

caso se exigía, y se exige en la actualidad (art. 100.15 LIS), el desarrollo de actividades económicas; requisito más riguroso que la simple previsión de una mínima sustancia económica del artículo 100.4 de la LIS en su redacción precedente. En efecto, la interpretación auténtica de actividad económica la proporciona el artículo 5.1 de la LIS, mientras que el concepto más laxo de sustancia económica, como excepción a la regla de patrimonialidad, deriva del artículo 5.2 d) de la LIS.

⁵⁴ Véase De Juan Casadevall (2018a, pp. 213 y ss.; 2018b).

⁵⁵ El litigio principal se refiere al Grupo Cadbury Schweppes, cuya matriz residente en el Reino Unido poseía diversas filiales, entre ellas, Cadbury Schweppes Treasury Services y Cadbury Schweppes Treasury International, filiales financieras residentes en Irlanda y sujetas a un tipo impositivo del 10 %, al constituirse en el marco del International Financial Services Center de Dublín, y cuya misión consistía en la captación de recursos financieros y su canalización a las filiales operativas del grupo. Según las autoridades británicas, la localización de las filiales financieras en Dublín obedecía a motivos exclusivamente fiscales: disfrutar de una menor tributación, por lo que procedía a aplicar el régimen de transparencia fiscal internacional, girándose la correspondiente liquidación tributaria por los beneficios de una de las dos filiales financieras que fueron imputados a Cadbury Schweppes Overseas. Según el TJUE, la constitución de una filial en otro Estado miembro, incluso para disfrutar de un régimen fiscal más ventajoso, no entraña necesariamente un abuso de la libertad de establecimiento, salvo que aquella carezca de sustancia económica.

descartada cuando, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la constitución de una SEC responda a una realidad económica.

Cadbury diseña, de este modo, un estándar de sustancia económica que permite a las filiales residentes en otros Estados miembros escapar de las reglas de CFC, y al que deben acomodarse las legislaciones nacionales, so pena de incurrir en infracción de la libertad de establecimiento. Como no podía ser de otro modo, la propia Directiva ATAD absorbe la doctrina *Cadbury* y la explicita en el punto 12 del preámbulo, cuando proclama que

para respetar las libertades fundamentales, conviene combinar las categorías de rentas previstas con una exclusión sustancial destinada a limitar, dentro de la Unión, el impacto de las normas a los casos en que la SEC de que se trate no realice una actividad económica de importancia.

Ahora bien, a consecuencia de su carácter transaccional, ATAD no descansa sobre un modelo cerrado, sino que combina dos modelos, alternativos o acumulativos, que el artículo 7.2 de la directiva ofrece a la discrecionalidad aplicativa de los Estados miembros, y que son: a) la tipificación de rentas transparentes (art. 7.2 a) de la directiva); y/o b) el análisis de la sustancia de la entidad controlada no residente (art. 7.2 b) de la directiva)⁵⁶. El artículo 7.2 a), penúltimo párrafo, de la directiva excluye, para las rentas tipificadas del artículo 7.2 a), la aplicación del régimen cuando la entidad no residente desarrolle una «actividad económica de importancia basada en una plantilla, un equipamiento, bienes e instalaciones, de lo que darán fe los hechos y circunstancias pertinentes». Naturalmente, se proyecta solo sobre las rentas del artículo 7.2 a), porque en las rentas del apartado b) va de suyo el requisito de la sustancia económica, es haz y envés de un mismo fenómeno. De hecho, podría no existir ese apartado b) y su función normativa sería absorbida perfectamente por la propia cláusula de escape.

Desde *Cadbury*, la exclusión de las entidades con sustancia económica constituye una excepción obligada en el régimen europeo de *Controlled Foreign Companies*, cuyo desconocimiento normativo lesionaría inexorablemente la libertad de establecimiento en el espacio comunitario. La apreciación de esa sustancia económica puede ser, de forma apriorística, controvertida en las sociedades *holdings* –en realidad, *subholdings* respecto de la matriz que las controla–. Frente al concepto rígido que alguna doctrina ha visto en las conclusiones del

⁵⁶ El rigor probatorio del *enfoque por sustancia* es más exigente que el del *enfoque por categorías*. Este último ha sido duramente criticado por cuanto no aporta mucho más que el enfoque de precios de transferencia de las Acciones 8-10 de BEPS, por su posible incompatibilidad con la libertad de circulación de capitales, o incluso de ayudas de Estado respecto de terceros Estados, o por la excesiva o indebida aplicación de las *CFC Rules* para entidades con amplísimas categorías de rentas imputables si no media una necesaria clarificación de que se entiende por una mínima sustancia económica. Calderón Carrero y Martín Jiménez (2017, pp. 39 y ss.).

abogado general en *Banque Bruxelles Lambert*⁵⁷, en *Rispramio di Firenze* (asunto C-222/04), se condiciona la presencia de actividad económica en la tenencia de participaciones al ejercicio, de forma directa o indirecta, de una gestión de cartera participando en la actividad económica de la empresa controlada. A mi juicio, este enfoque analítico es el correcto, y el que puede colegirse de *Cadbury*. En efecto, *Cadbury* excepciona la transparencia fiscal internacional cuando la sociedad constituida en otro Estado ostente una «implantación real que tenga por objeto la realización de actividades económicas efectivas en el Estado miembro de acogida», basada en «elementos objetivos y verificables por terceros relativos, en particular, al nivel de existencia física de la SEC por lo que a locales, personal y equipos se refiere» (párrafos 66 y ss.); exigencia que, a su vez, derivaba de las conclusiones del abogado general Léger, y que, adicionalmente, consideraba otros factores como el «control de la sociedad» o el «valor que añaden sus actividades». Esta doctrina se proyecta a entidades de escasa sustancia económica como las *holdings* por el abogado general Mengozzi en *Columbus*, conclusiones de 29 de marzo de 2007 (asunto C-298/05), al sostener que la posesión y gestión de fondos, y las actividades financieras, pueden ser acreedoras de la libertad de establecimiento, y que la realización de estas actividades económicas, y la realidad de una implantación física, bastan para excluir un montaje puramente artificial. Esta pauta interpretativa sería seguida después por *Aberdeen*, y por *National Grid Indus*, STJUE de 29 de noviembre de 2011 (asunto C-371/10 –NFJ045002–).

Columbus supone una relativización de la sustancia económica, o mejor aún, la superación de un enfoque meramente cuantitativo (recursos humanos y materiales), para imponer una valoración cualitativa, que exige atender a la calidad de la actividad económica real desarrollada, y a una concreta aportación de valor (en la de gestión de cartera, o función financiera efectiva) de estas sociedades intermedias ajustada a su específico objeto social. Desde esta perspectiva, existiría un diferente umbral valorativo de la sustancia económica para los *holdings* respecto de las demás sociedades operativas. La referencia explícita a las «actividades financieras», contenida en el párrafo 11 del preámbulo de la directiva en la que se glosa el alcance de la nueva GAAR comunitaria, y a cuyo tenor, en la evaluación del carácter *falseado* del *mecanismo* deberán considerarse «todos los motivos económicos válidos, incluidas las actividades financieras», corrobora este planteamiento.

Pues bien, el legislador español contempla un preferente criterio de imputación de la renta total de la entidad no residente carente de la correspondiente organización de medios materiales y personales para el desarrollo de una actividad económica (art. 100.2 LIS), y un subsidiario criterio de imputación de rentas procedentes de determinadas fuentes (dividendos,

⁵⁷ Tras un sucinto repaso a la jurisprudencia comunitaria, el abogado general Poiares Maduro establece, en el apartado 10 de sus conclusiones, que la actividad económica, a efectos de IVA, debe entenderse como «una actividad susceptible de ser ejercida por una empresa privada en un mercado, organizada en un marco profesional e impulsada, con carácter general, por la intención de obtener beneficios». Y añade, en contraposición al criterio mercantil de empresa, que «en materia fiscal, dicho concepto se basa en un doble criterio, no solo un criterio funcional de actividad, sino también, y sobre todo, un criterio estructural de organización». Sanz Gadea (2017, p. 25).

en cuanto aquí nos interesa, ex art. 100.3 b) LIS). Pero, en este último caso, la Ley 11/2021 ha extirpado la excepción de mínima sustancia económica que, para las *subholdings* no residentes, establecía el primitivo artículo 102.2 de la LIS y, sobre todo, el artículo 100.4 de la LIS, lo que equivale a cegar la cláusula de escape del artículo 7.2 a) de la Directiva ATAD.

7. Conclusiones

En un análisis multinivel, la novedosa regulación de la no deducibilidad de los gastos de gestión de la participación en nuestro sistema tributario interno de corrección de la doble imposición económica (arts. 21.10 y 32.4 LIS), aunque formalmente amparada en el artículo 4.3 de la Directiva Matriz-Filial, plantea serios problemas:

1. La sujeción de la plusvalía aflorada por la transmisión de la participación –nunca la generada por su liquidación– a la regla del 5 % desborda las previsiones de la directiva, y la aplicación de ese mismo umbral máximo no deducible puede también infringirla si, según las circunstancias concurrentes, conlleva un gravamen indirecto. En ambos casos, la consecuencia jurídica será la misma: el efecto directo vertical ascendente *in bonus* del artículo 4.1 de la directiva por su defectuosa transposición, con la consiguiente invocación de un derecho subjetivo a la eliminación/imputación del beneficio íntegro distribuido. Es dudosa la aplicabilidad del artículo 4.3 de la directiva al método de imputación.
2. En una situación puramente interna, la aplicación en cascada del *forfait* del 5 % a toda la cadena societaria lo convierte en un peaje fiscal cuya sucesiva acumulación vulnera los principios de capacidad económica y neutralidad fiscal. Esta imposición recurrente conculca el artículo 4.1 de la Directiva Matriz-Filial y es de dudosa constitucionalidad, sobre todo, cuando se produce en el seno de un único sujeto pasivo-contribuyente como es el consolidado fiscal.
3. En relación con las sociedades filiales residentes en terceros Estados no miembros de la Unión Europea, no podemos sentar una apresurada regla general sobre la eventual incompatibilidad de los artículos 21.10 y 32.4 de la LIS con la red de convenios celebrados por España, pero tampoco descartarla. Se impone un análisis casuístico que pondere una multitud de factores: aplicación del método de exención o de imputación, la existencia de una previsión convencional *ad hoc*, la prueba del gasto soportado inferior al 5 %, o la remisión convencional expresa a la legislación tributaria española.
4. La Ley 11/2021 incurre en defectuosa transposición de la Directiva ATAD, desconoce la doctrina *Cadbury* y conculca la libertad de establecimiento o, eventualmente, para *subholdings* residentes en terceros Estados, la libertad de movimientos de capitales.

Referencias bibliográficas

- AEDAF. (2021a). *Reflexiones sobre la reforma fiscal*. AEDAF.
- AEDAF. (2021b). *Propuesta de enmiendas al Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2021*. AEDAF.
- Calderón Carrero, J. M. (2019). Métodos para eliminar la doble imposición. En N. Carmona Fernández, J. M. Calderón Carrero, A. J. Martín Jiménez y M. Trapé Viladomat, *Convenios de doble imposición. El impacto BEPS. Análisis y evolución de la red española de tratados fiscales*. CISS Wolters Kluwer.
- Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. (2017). La Directiva antielusión fiscal y su interrelación con BEPS. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 407.
- Calderón Carrero, J. M. y Martín Jiménez, A. (2019). *Derecho Tributario de la Unión Europea*. CISS Wolters Kluwer.
- Capella San Agustín. (1975). *Concentración de empresas y consolidación de balances*. Hispano Europea.
- Cuesta Cabot, G. (2015). El nuevo sistema de corrección de la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades. *Quincena Fiscal*, 13.
- Falcón y Tella, R. y Pulido Guerra, E. (2018). *Derecho Fiscal Internacional*. Marcial Pons.
- García Rozado, B (2018). Análisis de la aplicación del art. 21 LIS en el régimen de consolidación fiscal. *Carta Tributaria*, 34.
- Gómez Sánchez, Y. (2011). *Constitucionalismo multinivel. Derechos Fundamentales*. Editorial Sanz y Torres.
- Juan Casadevall, J. de. (2018a). *La Directiva de la Unión Europea contra la elusión fiscal*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Juan Casadevall, J. de. (2018b). La cláusula general antiabuso en el Derecho de la Unión Europea: la construcción de una GAAR comunitaria. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 427.
- López Llopis, E. (2017). *El régimen especial de consolidación fiscal en el Impuesto sobre Sociedades*. Tirant lo Blanch.
- Machancoses García, E. (2017). *Los requisitos para eliminar la doble imposición económica (art 21 y 32 LIS) a la luz de la Directiva matriz filial y de la libertad de establecimiento. Especial incidencia en materia de cláusulas antiabuso*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Martín Jiménez, A. (2017). *Dividends, Leveraged Buyouts ant the Concept of the Abuse/Simulation in Domestic Law, EU Law and Tax Treaties: The Dorna Cases*. Tax Treaty Case Law Around The World 2017.
- Mata Sierra, M. T. (1998). *La armonización fiscal en la Comunidad Europea*. Editorial Lex Nova.
- Ruiz-Jarabo Colomer, D. (1993). *El juez nacional como juez comunitario*. Cuaderno de Estudios Europeos.
- Sanz Gadea, E. (2017). La Directiva antiabuso y su interrelación con BEPS. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 407.
- Vanistandael, F. (2016). Can EU Tax Law Accommodate an uniform Anti-Avoidance concept? En H. Jochum, P. Essers, M. Lang, N. Winkeljohann, B. Wiman, *Practical problems in European and International Tax Law*. IBDF.