

COMENTARIOS A LA NUEVA EXENCIÓN PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES ESPAÑOL: IMPACTO EN GRUPOS ESPAÑOLES E INTERNACIONALES Y OTROS INVERSORES

PERE M. PONS

Abogado*

Comentarios a la nueva exención para evitar la doble imposición en el Impuesto sobre Sociedades español: impacto en grupos españoles e internacionales y otros inversores

La ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en vigor desde 1 de enero de 2015) ha introducido en el ordenamiento español importantes novedades en materia tributaria. Entre ellas, destaca la regulación de una nueva exención como método para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías obtenidos de filiales españolas y la reformulación de la exención aplicable a dividendos y plusvalías de filiales no-residentes (todo ello en un mismo artículo). Se trata por esta vía de simplificar los métodos para evitar la doble imposición en sede de inversores corporativos y otros sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, evitando discriminaciones injustificadas por razón de origen de la renta, de acuerdo con las pautas europeas. Ello no obstante, la nueva norma conlleva impactos económicos y sobreimposiciones relevantes para determinadas estructuras y grupos de inversores, y presenta algunas cuestiones polémicas y de difícil interpretación que requerirán de clarificación por parte de la doctrina administrativa, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

PALABRAS CLAVE

Exención, doble imposición, dividendos y plusvalías, filiales domésticas e internacionales.

Comments to the new Spanish participation exemption for the avoidance of double taxation: implications for domestic and international groups and other investors

Act 27/2014, of November 27th, on the Spanish Corporate Income Tax (in force since January 1st, 2015) introduced important developments to the Spanish tax system. Among them, the provision for a new participation exemption system as a method to avoid double taxation of dividends and capital gains derived from Spanish affiliates and the reformulation of the participation exemption for dividends and capital gains from foreign sources, all under a single section of the law. The goal is to simplify the methods for the avoidance of double taxation available to corporate investors and other entities subject to the Spanish Corporate Income Tax, avoiding unjustified discrimination based on the source of income, in accordance with European guidelines. However, the new provision may involve significant economic impact and additional taxation for certain structures and groups of investors and presents controversial issues, both at domestic and international levels, that will require clarification from the Spanish tax authorities.

KEY WORDS

Tax exemption, double taxation, dividends and gains, subsidiaries (domestic and international).

Fecha de recepción: 15-1-2015

Fecha de aceptación: 30-1-2015

1 • INTRODUCCIÓN

El 1 de enero de 2015 entró en vigor la ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, la «LIS»).

La nueva LIS, que deroga el texto refundido vigente desde 2004, tiene como objetivos — según indica su preámbulo— favorecer la competitividad, simplificar el impuesto y adaptar la normativa a las exigencias comunitarias, entre otros.

Es en este contexto, y bajo dichos objetivos, donde se ha frugado una de las aportaciones más relevantes de la denominada reforma fiscal de 2015: la promulgación de una nueva exención

para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías de fuente española (esto es, obtenidos de entidades filiales españolas) en términos similares a la exención para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías de fuente extranjera (de entidades filiales no-residentes), que ya existía en el impuesto.

La técnica legislativa elegida para conseguir dicha asimilación ha sido la unificación bajo un mismo artículo (el nuevo 21 LIS) de ambas exenciones destinadas a evitar la doble imposición, estableciendo así requisitos comunes para su aplicación y para la corrección de la doble imposición de dividendos y plusvalías, con independencia de su origen.

Cabe señalar, no obstante, que la unificación de ambas exenciones (a las que nos referiremos en aras de la simplicidad como la «exención doméstica o nacional» y la «exención internacional») no es completa. Un análisis pormenorizado del texto legal

* Abogado del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez destacado en la oficina de Nueva York.

demuestra que, bajo la literalidad de un mismo artículo, existen aún dos exenciones con mecanismos y requisitos diferenciados en aspectos relevantes.

Por otro lado, la introducción de la exención (nacional) para evitar la doble imposición en dividendos y plusvalías de fuente española ha conllevado la paralela derogación del sistema de imputación y deducción en cuota vigente con anterioridad para tales rentas. De ello derivan importantes consecuencias, pues la distinta configuración de la antigua deducción (con posibilidad de aplicación parcial para participaciones inferiores al 5% de los fondos propios) y de la actual exención nacional (sin tal posibilidad y con un exigente requisito de cómputo para participaciones indirectas), provocará situaciones de imposición o sobreimposición de rentas que no ocurrían anteriormente, especialmente para inversores minoritarios y grupos (familiares o no) organizados a través de sociedades *holding* y sociedades mixtas (esto es, que combinan el carácter de sociedad operativa y *holding*).

Finalmente, no puede obviarse que la exención internacional (para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías de fuente extranjera) ha sido reformulada incorporando novedades importantes (no todas en beneficio del contribuyente) de forma acompañada con un refuerzo — con ánimo expansivo— del régimen antiabuso de la «transparencia fiscal internacional», que tiene por objeto evitar la deslocalización fiscal o el diferimiento indebido de la tributación de determinadas rentas pasivas (no empresariales). Ello tendrá consecuencias relevantes para los grupos multinacionales españoles y también para grupos corporativos y de entidades de *private equity* que organizan su estructura internacional a través de entidades de tenencia de valores extranjeros («ETVE») españolas.

1.1. Las características del nuevo artículo 21 LIS

Sin perjuicio de un análisis más detallado del precepto y sus consecuencias en las secciones que siguen, resulta oportuno anticipar aquí los aspectos más novedosos de la norma, de forma que podamos centrarnos posteriormente en las cuestiones problemáticas que presenta.

Las características del nuevo 21 LIS pueden resumirse de la siguiente forma:

- (i) Adopción del sistema de exención: tal y como hemos indicado, se establece una exención genérica para dividendos y plusvalías obtenidos de

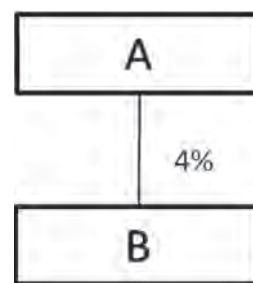
entidades participadas (sean españolas o no) bajo determinados requisitos, que podemos resumir en: (i) la necesidad de detentar una participación mínima del 5% de los fondos propios de la filial o, en otro caso, con un coste de adquisición directo de mínimo 20 millones de euros, (ii) la necesidad de detentar la participación durante un año, y (iii) para el caso de participación en entidades no residentes, la necesidad de que la filial esté sujeta a un impuesto análogo al español, con un tipo nominal superior al 10% (o tenga derecho a la aplicación de un convenio internacional para evitar la doble imposición). Con ello, y pese a la existencia de reglas especiales y matices que analizaremos más adelante, se unifican los métodos de corrección de la doble imposición de dividendos y plusvalías, abandonando el antiguo sistema de imputación y deducción en cuota para filiales españolas.

(ii) Adaptación a las pautas comunitarias: la introducción de una exención nacional bajo requisitos similares a los de la exención internacional responde a la necesidad de dar cumplimiento a las exigencias comunitarias y, en particular, al mandato contenido en el Dictamen motivado de la Comisión Europea número 2010/4111, que señaló la inadecuada configuración del régimen de corrección de la doble imposición vigente bajo la ley anterior.

(iii) Incorporación de otras recomendaciones internacionales: la redacción del 21 LIS ha estado influenciada, sin lugar a dudas, por el proyecto Base Erosion and Profit Shifting, conocido internacionalmente bajo el acrónimo «BEPS» e impulsado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) con el fin de adaptar la legislación internacional a las nuevas realidades económicas y luchar contra la denominada «planificación fiscal agresiva». Algunas de las potenciales conclusiones y recomendaciones del citado proyecto BEPS (que sigue siendo un proyecto en fase de gestación en el plano internacional) se han incorporado de forma anticipada a la norma española. Claros ejemplos de ello son el nuevo tratamiento de determinados instrumentos de naturaleza híbrida, la calificación como dividendos de los rendimientos de los préstamos participativos intragrupo, o el requisito de tributación nominal mínima del 10% exigido para dividendos y plusvalías de fuente extranjera, según veremos.

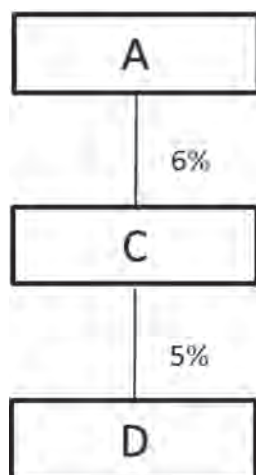
(iv) Simplicidad conceptual y mejoras técnicas (para determinadas rentas): la LIS trata de equiparar el tratamiento de las rentas derivadas de participaciones en entidades residentes y no residentes, tanto en materia de dividendos como de plusvalías, y, a diferencia de la normativa anterior, establece un régimen de exención general en el ámbito de la transmisión de participaciones significativas en entidades residentes. Ello permite, por ejemplo, una exoneración total de la ganancia obtenida en la venta de una entidad filial española, incluyendo en el ámbito de la exención no solo el importe equivalente a las reservas generadas durante el tiempo de tenencia de la participación (como ocurría con la deducción vigente bajo la ley anterior), sino también la parte de la ganancia correspondiente a plusvalías tácitas y fondos de comercio. Adicionalmente, el nuevo 21 LIS incorpora otras mejoras, como, por ejemplo, (i) la eliminación del test de existencia de actividad económica en la filial, que se exigía para poder gozar de la exención de dividendos y plusvalías de filiales no residentes (si bien ello tiene un cierto contrapeso por la expansión de las reglas de transparencia fiscal internacional, como veremos); (ii) la posibilidad de aplicar la exención para evitar la doble imposición a dividendos y plusvalías de fuente española si la participación en la entidad filial, aún siendo inferior al 5%, tiene un coste de adquisición directo superior a 20 millones de euros (aunque ello se pondera con la eliminación de la deducción parcial del 50% existente en la ley anterior para participaciones inferiores al 5% y la exigencia de una participación indirecta del 5% en participaciones en cadena a través de *holdings*); (iii) la aplicación de la exención del 21 LIS a intereses de préstamos participativos intragrupo sin mayores limitaciones ni requisitos (si bien el gasto no es deducible en el pagador); (iv) la eliminación de la limitación consistente en denegar la exención internacional a las plusvalías obtenidas por la venta de filiales extranjeras si el comprador era residente en un paraíso fiscal que imperaba bajo la ley anterior, y (v) el mantenimiento de la presunción de sujeción a un impuesto análogo en el caso de que la entidad participada tenga derecho a la aplicación de un convenio internacional para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, que no estaba presente en el borrador de anteproyecto de la nueva LIS y fue objeto de recuperación posterior.

(v) Nuevas situaciones de imposición y sobreimposición: la nueva LIS elimina por completo el sistema de deducción en cuota existente en la ley anterior y establece requisitos estrictos en el caso de dividendos y plusvalías obtenidos en y a través de sociedades cuyos ingresos provienen en más de un 70% de dividendos y plusvalías de filiales de segundo y ulterior nivel. En particular, en este caso se exige que la sociedad española receptora de la renta en última instancia tenga en las filiales de segundo o ulterior nivel una participación indirecta del 5% con un año de tenencia ininterrumpida. Si bien se establecen algunas excepciones y matices para los grupos societarios definidos en el artículo 42 del Código de Comercio, la norma presenta dificultades interpretativas y genera situaciones en las que rentas que evitaban la doble imposición bajo la normativa anterior (vía deducción en cuota) quedarán plenamente sujetas al impuesto sin mitigar la doble imposición bajo el nuevo 21 LIS, por no cumplir los nuevos requisitos de la exención. En otras ocasiones, rentas que podían gozar de una deducción parcial del 50% bajo la ley anterior, pasan a quedar plenamente sujetas y sin posibilidad de corregir ni mitigar la doble imposición en la nueva LIS. Pensemos por ejemplo en una sociedad española A que tenga el 4% del capital de una sociedad española B.



Bajo la ley anterior A gozaba de una deducción en cuota del 50% del dividendo recibido de B. Con la nueva redacción de la LIS, la sociedad A debe tributar por el dividendo de B sin poder mitigar la doble imposición.

Otro caso similar, sería que la sociedad A tuviera el 6% de la sociedad española C, quien a su vez poseyera el 5% de la sociedad española D.



El dividendo distribuido a lo largo de la cadena de participación habría quedado protegido bajo la ley anterior mediante la corrección de la doble imposición por la vía de una deducción en cuota del 100% del importe del dividendo, equivalente matemáticamente a una exención plena. Bajo la nueva LIS, la sociedad A no podrá aplicar una exención respecto del dividendo inicialmente distribuido por la sociedad D (filial indirecta de la que tiene menos del 5%) si la sociedad C es una entidad *holding* en el sentido de que más del 70% de sus ingresos provienen de dividendos o plusvalías. Ello es especialmente perjudicial en la medida en que la exención del 21 LIS no permite aplicar una deducción alternativa para las rentas de fuente española (la antigua deducción ha sido totalmente derogada). Por otro lado, en este punto se generan además, importantes dudas interpretativas: ¿cuándo debemos computar el umbral del 70%?, ¿al final del ejercicio en el que se produce la distribución o en el ejercicio cerrado anterior? ¿Qué ocurre en el caso de que la sociedad intermedia o *holding* C fuera además operativa y solo en un año en el que se reciben dividendos de filiales se supera el umbral del 70%, pero no en otros? Estas cuestiones son analizadas con mayor detalle en las secciones siguientes.

(vi) Regulación de los préstamos de valores y negocios afines: el nuevo artículo 21 LIS regula de forma expresa el tratamiento de la doble imposición en las operaciones de préstamo de valores, que «*se pretende homogeneizar con otro tipo de contratos con idénticos efectos económicos*», como pudieran ser determinadas operaciones

de venta con pacto de recompra de acciones y *equity swaps*. Tal y como señala la LIS, el denominador común de las operaciones contempladas en el artículo 21 LIS es que el perceptor jurídico de los dividendos o participaciones en beneficios tiene la obligación de restituirlos a su titular económico (a través del denominado «*manufactured dividend*»), por lo que se regula expresamente que la exención se aplicará, en caso de proceder, por aquella entidad que mantiene el registro contable de los valores, siempre que cumpla los requisitos necesarios para ello.

(vii) Alteración de la carga de la prueba: finalmente, el nuevo 21 LIS destaca por la exigencia (implícita en la norma) de realizar un seguimiento del origen de las rentas y del cumplimiento de los requisitos para la exención en los distintos niveles de una estructura societaria. En este sentido, no siempre será fácil obtener información, en la medida en que, por ejemplo, estemos en presencia de inversiones minoritarias y exista una distribución de dividendos a lo largo de una cadena de sociedades o grupo societario. Puede ser difícil obtener información detallada de terceros en ausencia de control o pactos de accionistas. Pensemos en el caso anterior, en el que la sociedad A participaba en un 6% de C y esta en un 5% de D. ¿Será capaz A de conseguir toda la información necesaria de C y D? ¿Y si en vez de ser todas sociedades españolas, C y D fueran no residentes?

2 · LOS REQUISITOS PARA LA EXENCIÓN: CUESTIONES PARTICULARES

2.1. Filiales directamente participadas

Tal como hemos señalado, el artículo 21 LIS establece requisitos específicos para la aplicación de la exención a dividendos y plusvalías, cuyo análisis detallado presenta cuestiones técnicas de interés:

(i) En primer lugar, la sociedad receptora de la renta (o contribuyente) debe poseer directa o indirectamente al menos el 5% del capital o de los fondos propios de la filial. Aunque no se alcance este porcentaje, el requisito se entiende cumplido si el valor (fiscal) de adquisición de la participación es, como mínimo, de 20 millones de euros.

La literalidad de la norma parece indicar que la regla de valor de adquisición superior a 20 millones de euros solo es aplicable (y solo dará derecho a la

exención) en el caso de participaciones directas por el contribuyente. No cabría, pues, ni un cómputo de grupo ni un cómputo indirecto.

Si bien no tenemos certeza al respecto, creemos que esta es la interpretación que va a prosperar tanto en el ámbito de la exención nacional como de la internacional. Debe tenerse en cuenta que la regla de coste de adquisición ha sido importada de la experiencia acumulada bajo el régimen especial de las ETVE (donde la ley anterior ofrecía la posibilidad de aplicar la exención a participaciones de coste superior a 6 millones de euros solo si se trataba de participaciones directas del contribuyente).

(ii) En segundo lugar, la participación del contribuyente en el capital de la filial debe mantenerse, directa o indirectamente, durante, al menos, un año de forma ininterrumpida. En el caso de dividendos, este plazo de tenencia no necesariamente debe ser anterior al día en que sean exigibles, sino que puede completarse tras dicha fecha.

Para el cómputo de este plazo se tendrá también en cuenta el período de tenencia de las participaciones por otras entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades definido en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas consolidadas. Ello permite salvar, por consiguiente, situaciones en las que se hayan efectuado operaciones de transmisión de la participación dentro del mismo grupo mercantil poco antes de su venta a un tercero.

(iii) En tercer lugar, y solo para el caso de obtención de dividendos y plusvalías de filiales extranjeras (*i. e.*, exención internacional), se exige que la entidad no residente esté sujeta y no exenta a un impuesto de naturaleza análoga o idéntica al Impuesto sobre Sociedades español «*a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa, con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre aquellos*». Este requisito se entenderá cumplido siempre que la participada resida en un país con el que España tenga firmado un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información (todos los convenios de este tipo firmados por España disponen de esta cláusula). Esta es una presunción *iuris et de iure* (esto es, no cabe prueba en contrario).

En definitiva, ello significa que para las filiales internacionales que no dispongan de la protección de un convenio internacional para evitar la doble imposición, se endurece el requisito de tributación respecto de la ley anterior (que no exigía un tipo mínimo). Se trata, sin embargo, de un tipo nominal de tributación, que no requiere de tributación efectiva, y cabe computar todo tributo extranjero que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta (con independencia de que verse sobre la renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario).

Ello puede generar, en ocasiones, situaciones de discriminación al comparar la exención nacional y la internacional. Un ejemplo de ello podría ser la denegación de la exención (internacional) en el caso de filiales en países sin convenio, donde se disfrute de una tributación menor al 10%, si lo comparamos con el tratamiento dispensado a las entidades españolas de la Zona Especial Canaria (ZEC) que tributan al 4% y sí dan derecho a la exención nacional. Sin embargo, esta discriminación solo sería relevante, a priori, en el caso de discriminación de filiales comunitarias que tributen por debajo del 10% nominal y no dispongan de convenio (lo que se anticipa poco probable).

Finalmente, el incumplimiento del requisito de sujeción a un impuesto análogo en entidades filiales extranjeras dará lugar a una exención parcial de la renta percibida por el contribuyente en función de la sujeción, o no, de la filial a un impuesto análogo en cada ejercicio. Ello no obstante, y aunque pueden surgir dudas en la práctica, entendemos que en materia de dividendos el contribuyente debería poder aplicar libremente las deducciones para evitar la doble imposición internacional (jurídica y económica) recogidas en los artículos 31 y 32 LIS sobre los dividendos que no gocen de exención total (siempre que sea posible distinguirlos con base en la designación expresa de la reserva de origen realizada en el acuerdo de distribución), de manera que los impuestos soportados en el extranjero (en forma de retención o por el impuesto corporativo de la filial) no se conviertan en un coste adicional, salvo que excedan del impuesto español.

(iv) En relación con los requisitos de la exención, la nueva LIS elimina el test de actividad económica en la entidad participada (en la ley anterior se exigía que al menos el 85% de los

ingresos de las filiales no residentes tuvieran origen de la realización de actividades empresariales fuera de territorio español, mediante adecuada organización de medios humanos y materiales). La medida es claramente bienvenida y permite exonerar de tributación los dividendos de sociedades patrimoniales (entidades de tenencia o que no realizan actividades económicas, de acuerdo con la LIS). Sin embargo, no debe olvidarse que bajo la nueva ley, el régimen de transparencia fiscal internacional ha sido amplificado de forma muy notoria (y que las imputaciones de rentas de entidades patrimoniales extranjeras no gozarán de exención, ya que no se trata de dividendos, sino de imputaciones de la renta obtenida, como si fuera propia).

(v) Por otro lado, quedan excluidos de la aplicación de la exención aquellos dividendos o participaciones en beneficios que generen un gasto deducible en la entidad pagadora.

(vi) Adicionalmente, conviene recordar que los requisitos descritos con anterioridad son aplicables no solo a dividendos, sino también a las plusvalías obtenidas en la transmisión de filiales españolas (residentes) o extranjeras (no residentes), incluyendo operaciones de venta, liquidación, separación de socios y ciertas operaciones de reorganización empresarial. Para beneficiarse de la exención en las ganancias derivadas de la transmisión de participaciones en filiales (residentes o no), el requisito relativo al porcentaje de participación y al período de tenencia se entenderá referido al día en que se produzca la transmisión. Por otro lado, el requisito de impuesto análogo (en el caso de filiales no residentes) se valida anualmente, como hemos señalado. Merece la pena señalar, sin embargo, que aunque la nueva LIS es clara en la exigencia del período de tenencia de un año con anterioridad a la transmisión para poder gozar de la exención, bajo la antigua ley, la consulta de la Dirección General de Tributos de 14 de noviembre de 2001 consideró que, para el supuesto de una transmisión a otra entidad del mismo grupo, la ganancia podía quedar exenta sin cumplir el plazo del año de tenencia, si la entidad adquirente (del grupo) conservaba la participación adquirida hasta el cumplimiento del plazo.

Por otro lado, la distinta naturaleza de la renta obtenida (plusvalía) impone un matiz en el cálculo de la

renta exenta respecto del caso de los dividendos. En particular, será necesario (a) desglosar la ganancia según se corresponda o no con reservas en la filial y se analizará el cumplimiento de los requisitos en cada año de generación de las reservas para determinar la porción exenta. Y, adicionalmente, (b) la parte de ganancia que se corresponda con reservas tácitas o fondos de comercio se considerará generada de forma lineal durante todo el período de tenencia de la participación (de forma que estará exenta en proporción directa a los años de cumplimiento de todos los requisitos del artículo 21 LIS), salvo prueba en contrario.

En el caso de transmisión de filiales internacionales, la renta que no quede exenta por incumplir el requisito de sujeción a un impuesto análogo podrá aplicar la deducción para evitar la doble imposición jurídica (básicamente, deducirá las retenciones en origen o la tributación local que resulte aplicable a la operación) en los términos del artículo 31 LIS, con la especialidad de estar limitada la deducción a la proporción de renta que no esté exenta (sin embargo, no se prevé la aplicación del 32 LIS por los impuestos corporativos soportados por reservas no distribuidas incluidas en el valor de la ganancia obtenida).

(vii) Por último, en relación con los requisitos para la exención de plusvalías, hay que señalar asimismo que existen reglas especiales para el caso de transmisiones exentas vinculadas a otras que den lugar a minusvalías. (a) En el caso de operaciones intragrupo (siendo grupo el definido por el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia de las entidades y de la obligación de consolidar), la renta negativa derivada de una transmisión se minorará en el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión precedente y a la que se hubiera aplicado un régimen de exención. Nótese, adicionalmente, que en el caso de que la transmisión intragrupo inicial generara una pérdida, esta no sería deducible fiscalmente hasta la transmisión posterior por la entidad adquirente a terceros ajenos al grupo, y que la obtención en esta transmisión posterior a terceros de una ganancia exenta de acuerdo al artículo 21 LIS reduciría el valor de la pérdida deducible por la entidad transmitente original (artículo 11.10 LIS); (b) en el caso de haber recibido dividendos exentos de una filial con posterioridad a 2009, el valor de aquellos que hubieran quedado exentos y no hubieran minorado el valor de adquisición fiscal reducirá la pérdida deducible en el caso de transmisión de la participación; y,

finalmente, (c) en el caso de transmisiones sucesivas de valores homogéneos, el importe de las rentas negativas se minorará, entre otros, en el importe de las rentas positivas netas obtenidas en las transmisiones previas que hayan tenido derecho a la aplicación de la exención.

2.2. Participaciones indirectas en filiales de segundo y ulterior nivel. La problemática de las entidades holding

Los mismos requisitos descritos para las participaciones en filiales directas o de primer nivel son aplicables a las rentas derivadas por el contribuyente de filiales indirectas (con el fin de que puedan gozar de exención), si bien con algunos matices importantes.

A diferencia de la legislación y práctica anterior, el nuevo precepto parece acoger un enfoque novedoso, claramente infundido por un principio de «análisis en la fuente», en aquellas estructuras que se construyan mediante sociedades interpuestas sin actividad operativa, y que no se aplicaría en otras estructuras.

Así, en relación con el requisito de participación sustantiva, el nuevo artículo 21 LIS opta por una distinción entre los casos en los que se participa en filiales indirectas a través de sociedades operativas y los casos en los que se invierte a través de sociedades *holding* (en cuyo caso los requisitos para la exención se endurecen).

Definimos como sociedad *holding* a estos efectos a la entidad participada por el contribuyente que «obtenga dividendos, participaciones en beneficios o rentas derivadas de la transmisión de valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades en más del 70 por ciento de sus ingresos», y como sociedad operativa a la que no cumpla con tal definición.

En el caso de que estemos en presencia de una sociedad *holding*, la aplicación de la exención sobre dividendos y plusvalías de filiales de segundo o ulterior nivel requerirá que el contribuyente tenga sobre las entidades indirectamente participadas una participación que cumpla con los requisitos generales (5% y año de tenencia).

A sensu contrario, la inversión en la misma filial indirecta a través de una sociedad operativa no requiere del cumplimiento estricto del requisito de participación indirecta del 5%, pues bastaría con que el contribuyente participe en la sociedad ope-

rativa intermedia en un 5% (o tenga un coste de adquisición de 20 millones de euros) para poder declarar como exento el dividendo inicialmente distribuido por la filial indirecta (asumiendo que se cumplen el resto de requisitos).



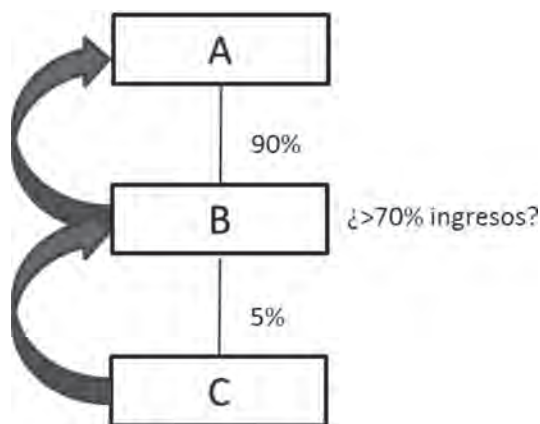
Solo en el caso de inversión a través de sociedad *holding* se analizará la renta distribuida por la entidad intermedia o *holding*, y se discriminará el importe de los dividendos y rentas de filiales indirectas que cumplen con el requisito de participación indirecta del 5% y los que no, a fin de determinar el importe de una exención — en su caso — parcial.

El cálculo para determinar cuando una sociedad participada debe considerarse *holding* de acuerdo al criterio de ingresos (regla del 70%) no es cuestión baladí ni sencilla, y desafortunadamente, la redacción del artículo no es todo lo clara que podría haber sido. El 21.1 LIS establece que el referido porcentaje de ingresos se calculará sobre el resultado consolidado del ejercicio, en el caso de que la entidad directamente participada sea dominante de un grupo según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio y formule cuentas anuales consolidadas. Y añade que la participación indirecta en filiales de segundo o ulterior nivel deberá respetar el porcentaje mínimo del 5%, «salvo que dichas filiales reúnan las circunstancias a que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio para formar parte del mismo grupo de sociedades con la entidad directamente participada y formulen estados contables consolidados».

Lo anterior nos permite concluir, mediante una interpretación integradora, (i) que el porcentaje de

ingresos se mide sobre las cifras del ejercicio en curso al momento de percibir el dividendo o la plusvalía (tanto si hay grupo consolidado — así parece indicarlo la norma— como si no lo hay — aunque la norma guarde silencio, por coherencia con la regla de grupos—), y (ii) que el análisis de una misma estructura debe revisarse periódicamente (añadiendo así un ingrediente adicional a la imprevisibilidad sobre la condición de entidad *holding*, pues ello depende de las circunstancias e ingresos de cada ejercicio).

Pensemos en una sociedad, contribuyente A, que tiene el 90% del capital de una sociedad operativa B, que a su vez tiene el 5% de una filial de segundo nivel, también operativa, a la que denominaremos sociedad C. Tras varios años acumulando reservas, la sociedad C (cuyo tamaño y resultados es muy superior a los resultados de su matriz directa B) acuerda distribuir todas las reservas acumuladas a sus accionistas, incluida la sociedad B, de forma que en aquel año y debido a una disminución de los ingresos ordinarios de B, el dividendo de C es superior al 70% de ingresos totales del ejercicio de B. La sociedad B, que siempre había sido «operativa», se convierte entonces en una sociedad *holding*, y el dividendo recibido por A en una distribución inmediatamente posterior no gozaría de exención. Nótese que en el caso de que C hubiera decidido distribuir el dividendo de forma fraccionada, sin que se superara el umbral del 70% de ingresos de B en ningún ejercicio, el importe de los dividendos finalmente recibidos por A hubiera resultado completamente exento.



El ejemplo muestra que, en el caso de estructuras con distintos niveles de filiales, las entidades operativas y los grupos consolidados dispondrán de una ventaja importante a los efectos de que sus accio-

nistas puedan aplicar la exención por doble imposición (lo que quizás podría ser analizado negativamente desde el punto de vista de los principios constitucionales de capacidad económica e igualdad): los accionistas de estas entidades operativas y grupos consolidados no están obligados al cómputo estricto de participación indirecta del 5% para la exención de dividendos y plusvalías derivados de filiales indirectas (les bastaría con que su participación directa en la operativa o cabecera de grupo cumpla con los requisitos generales del 21 LIS; sin que fuera así para el caso de participar en una sociedad *holding* no consolidada).

Conviene reiterar en este punto, para eliminar cualquier tipo de duda, que entendemos que la regla de cómputo del coste de adquisición superior a 20 millones de euros (que permite exonerar rentas de participaciones inferiores al 5%) no se aplica en el caso de filiales indirectas.

La LIS ofrece una «válvula de escape» (solo aparente) a las estructuras *holding* que no formen parte de grupos consolidados, e indica que el requisito de participación indirecta del 5% y año de tenencia no será en ningún caso de aplicación a participaciones indirectas «cuando el contribuyente acredite que los dividendos o participaciones en beneficios percibidos se han integrado en la base imponible de una entidad directa o indirectamente participada sin tener derecho a la aplicación de un régimen de exención o de deducción por doble imposición».

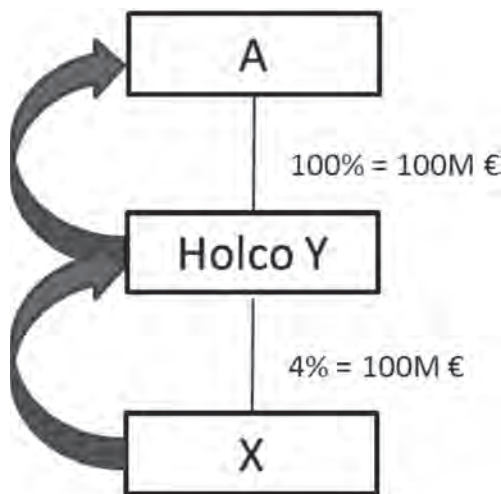
En definitiva, ello implica que aquellas rentas que tributen en un eslabón inferior de la estructura (y, por lo tanto, sean objeto de doble imposición) podrán evitar sobreimposiciones adicionales o en cadena (derivadas de la ausencia de una participación indirecta suficiente).

Por otro lado, la rigidez de la regla de participación indirecta a través de *holding* puede conducir a la exclusión del artículo 21 LIS de determinadas inversiones indirectas cuyas rentas hubieran quedado exentas en el caso de haberse realizado o mantenido la inversión de forma directa. Ello puede ser discutible desde un punto de vista teleológico y de competitividad económica.

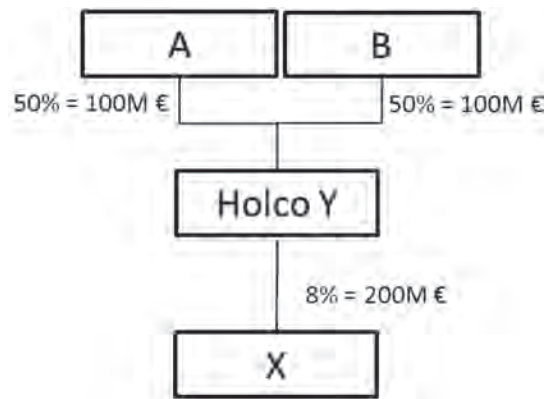
Así, si bien parece claro que uno de los objetivos del nuevo 21 LIS es evitar la agrupación bajo entidades *holding* de participaciones minoritarias de contribuyentes que no gozan de la exención (o deducción, bajo la ley anterior) con el único fin de alcanzar el cumplimiento del requisito de participación sustancial (5%), lo cierto es que la redacción del precepto acaba excluyendo situaciones

que no responderían a tal finalidad (potencialmente) abusiva.

Pensemos en el caso de la reorganización de una sociedad A, que tenga una participación del 4% en la sociedad X, adquirida por 100 millones de euros. De acuerdo con el artículo 21.1 LIS, las rentas derivadas por la sociedad A de la sociedad X quedarán exentas de tributar en A, por disponer esta de un coste de adquisición de la participación superior a 20 millones de euros. Sin embargo, si la sociedad A decidiera aportar el 4% de la sociedad X al capital de una sociedad *holding* Y, recibiendo a cambio el 100% del capital de la *holding* Y, los dividendos de X distribuidos a la sociedad A (a través de Y) quedarían sujetos a tributación (doble imposición) en A por derivar de una participación indirecta a través de *holding* que no cumple con el requisito del 5% indirecto, y ello con independencia de que la sociedad A tuviera derecho a aplicar la exención sobre las rentas de X con anterioridad a la aportación, o que la operación fuera una reorganización empresarial fundamentada en motivos económicos no fiscales.



Una situación similar se produciría en el caso de que la sociedad A decidiera aportar su 4% de la sociedad X a la sociedad *holding* Y, junto con otro inversor, sociedad B, que aportara el mismo porcentaje de acciones de X y tuviera el mismo coste de adquisición de 100 millones de euros. Parece claro que la motivación para la creación de esta *holding* Y no sería el poder disfrutar de la exención, pues ambos inversores (A y B) ya gozaban de la misma respecto de las rentas de X con anterioridad a la creación de Y. Sin embargo, la literalidad del 21 LIS impediría a A y B aplicar la exención a las rentas derivadas de X a través de Y.



En atención a lo anterior, quizás hubiera sido deseable que la norma exceptuara de la necesidad de alcanzar un 5% indirecto a estructuras resultantes de una operación de reorganización que dispongan de motivos económicos válidos a estructuras resultantes de aportar o reorganizar participaciones que ya gozaban de la exención en situaciones de tenencia directa por el contribuyente, o bien que se hubiera flexibilizado el cómputo de la regla de coste superior a 20 millones de euros en estos casos.

En relación con el requisito de sujeción a un impuesto análogo, la LIS exige que las filiales extranjeras indirectas cumplan, en todo caso (tanto si se invierte a través de sociedades *holding* como si es a través de sociedades operativas), con la regla de tributación mínima del 10% nominal o existencia de convenio internacional que sea de aplicación a la filial. En este sentido, se exige que el requisito de tributación se cumpla, «al menos, en la entidad indirectamente participada».

Interpretamos esta referencia como una exigencia de que la renta esté sujeta a un impuesto análogo «como mínimo» en la filial indirecta (esto es, en todo caso, en la filial indirecta). Ello puede dar lugar a supuestos de exención parcial de la renta percibida por el contribuyente de la sociedad intermedia o *holding* si hay filiales indirectas que no cumplen con el requisito de tributación mínima.

Finalmente, reglas similares se aplican en caso de la obtención de plusvalías en la transmisión de sociedades *holding* y filiales de segundo o ulterior nivel. Lógicamente, se establecen reglas específicas para el caso de incumplimiento de los requisitos de exención por parte de las filiales indirectas en atención

a la distinta naturaleza de la renta obtenida (plusvalía, no dividendo).

Así, en el caso de que nos encontremos en presencia de una sociedad participada operativa que tenga filiales de segundo nivel, la ganancia derivada de la transmisión global de la citada entidad operativa y sus filiales estará exenta en la medida en que el contribuyente disponga en la entidad intermedia transmitida de una participación directa que cumpla con los requisitos del 21 LIS y con independencia de si la participación indirecta en las filiales de la sociedad operativa cumplen o no con los requisitos de participación (5%), si bien parecería que sí deben cumplir todas las entidades transmitidas con el requisito de sujeción a impuesto análogo o tributación mínima.

No se aplica la misma norma en el caso de transmisión global de una sociedad participada con carácter de *holding*, que participe en filiales indirectas que no cumplan con el requisito de participación (5%), período de tenencia (1 año) o sujeción a impuesto análogo, pues en tal caso se desmembrará el importe de la ganancia aplicando la exención únicamente a la parte que se corresponda con reservas expresas de ejercicios en los que sí se cumplieron todos los requisitos, y negando la exención para la parte de ganancia que se corresponda con reservas expresas de ejercicios en los que no se cumplieron todos los requisitos. Por otro lado, la parte de ganancia que se corresponda con reservas tácitas o fondos de comercio se considerará generada — salvo prueba en contrario — de forma lineal, y aplicará una exención proporcional a los años que cumplieron todos los requisitos (*i. e.*, participación del 5%, período de tenencia anual y sujeción a impuesto análogo).

Adicionalmente, en el caso de que exista una parte de la ganancia sujeta y no exenta del impuesto que se corresponda con una participación indirecta en una filial no residente en España sería posible, de acuerdo con la LIS, aplicar la deducción por doble imposición jurídica del artículo 31 LIS (referida básicamente a las retenciones o tributación local que resulte aplicable a la operación) en la parte proporcional de la renta que no cumpla con el requisito de tributación mínima o impuesto análogo.

2.3. Paraísos fiscales vs. territorios de baja o nula tributación

El artículo 21 LIS excluye la aplicación de la exención a las rentas derivadas de una «entidad

participada» residente en paraíso fiscal, de forma categórica.

La única excepción (menor) sería la posibilidad de aplicar la exención a las rentas de una entidad participada residente en un paraíso fiscal que sea parte integrante de la Unión Europea, siempre que el contribuyente acredite que su constitución y operativa responde a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas.

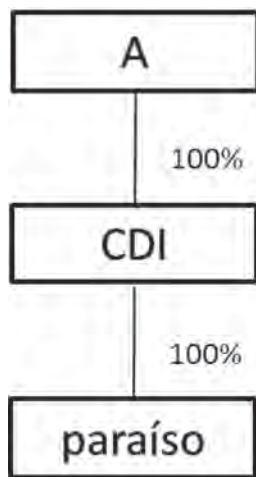
Sin embargo, la dicción literal del artículo podría ser objeto de distintas interpretaciones puesto que no indica claramente qué ocurriría en el caso de entidades participadas de segundo o ulterior nivel situadas en paraísos fiscales. Y tampoco es clara la situación en que una sociedad española invirtiera a través de una sociedad en paraíso fiscal en una participada indirecta que cumpliera con todos los requisitos de la exención.

La referencia del artículo 21 LIS al hecho de que, en el caso de filiales indirectas, el requisito de sujeción a impuesto análogo o aplicación de convenio internacional deberá validarse, «*al menos, en la entidad indirectamente participada*» podría generar la duda sobre si es posible participar en una filial indirecta sujeta a impuestos y que cumpla los requisitos para la exención a través de una entidad intermedia o *holding* en paraíso fiscal. Lamentablemente, la posición de las autoridades fiscales españolas bajo la vigencia de la anterior ley fue claramente restrictiva, por lo que no creemos que esta cuestión pueda prosperar favorablemente.



De presentarse el caso, habrá que acudir a las técnicas de migración y traslado del domicilio, teniendo en cuenta las limitaciones aplicables a las reservas generadas por la sociedad en paraíso fiscal con anterioridad a su migración a una jurisdicción apta para la exención.

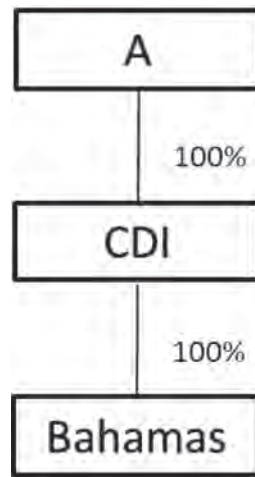
Por otro lado, en el caso de una sociedad española que participe en un paraíso fiscal indirectamente (esto es, a través de otra sociedad intermedia o *holding* que sí cumpla los requisitos para la exención del artículo 21 LIS), creemos que tampoco será posible aplicar la exención (a la renta derivada del paraíso fiscal).



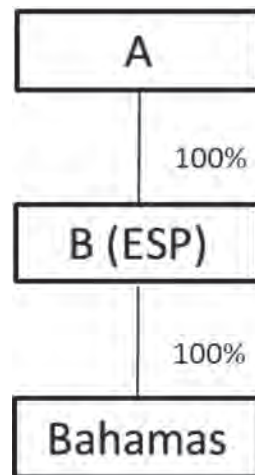
En este sentido, ya hemos argumentado que el requisito de impuesto análogo o tributación mínima debe cumplirse en todas las sociedades de la estructura (o como mínimo, en la entidad que origina la renta). Por ello, es muy poco probable que la renta de paraíso fiscal pueda en ningún caso ser apta para la exención. Pero incluso, puestos en el supuesto extremo de que la renta derivada del paraíso fiscal hubiera estado sujeta a un 10% de tributación en origen, entendemos que la norma pretende establecer una regla especial de carácter absoluto que impide aplicar la exención.

Cuestión distinta es si una renta originada en un país de baja tributación, que no califique como paraíso fiscal (p. ej., Bahamas), podría ser convertida en renta apta para la exención en el caso de que el dividendo fuera distribuido indirectamente a una sociedad española, a través de una entidad extranjera a la que sea de aplicación un convenio para evitar la doble imposición, pues una interpretación voluntarista del requisito de tributación mínima «al

menos, en la entidad indirectamente participada», podría conducir a pensar que el dividendo de Bahamas es apto para la exención, ya que se sujeta a un impuesto análogo (por aplicación de convenio internacional) en la entidad intermedia.



Sin embargo, reiteramos nuestra creencia de que la voluntad de la norma es examinar la renta en origen y que la expresión «al menos» se utiliza con el significado que le es propio de «como mínimo, en la entidad indirectamente participada» (esto es, con independencia de lo que ocurra en otros niveles de la estructura). Esta conclusión plantea, sin embargo, una duda importante, ya que la LIS parecería incurrir en este punto en un potencial error técnico. Imaginemos, en el caso anterior, que la *holding* intermedia fuera una entidad española.

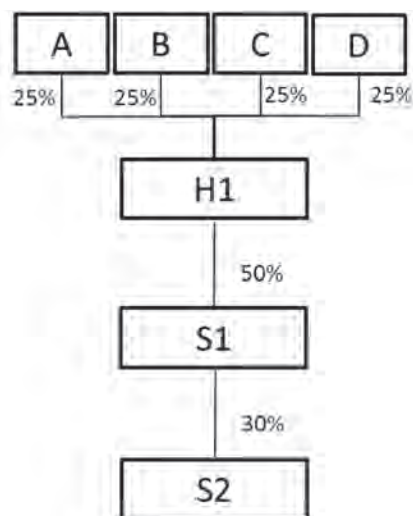


Lógicamente, al recibir el dividendo de la sociedad en Bahamas, la sociedad española B tributaría por él por no existir una tributación mínima suficiente en Bahamas. La pregunta es entonces, ¿qué ocurre cuando esta *holding* española B distribuye el dividendo a su matriz también española A? Pese a haber tributado en la sociedad *holding* B, el artículo 21 LIS parece indicar que la sociedad matriz A receptora del dividendo en última instancia, si lo recibe de una entidad intermedia *holding* como es B, debe analizar si la renta cumplía el requisito de tributación en origen (en Bahamas), y si no lo hizo, debería tributar por el mismo (con independencia de si tributó en B). Ello deriva de una lectura literal del artículo y podría provocar una sobreimposición de la renta (en cadena) inaceptable. Recordemos a estos efectos que la regla que hemos definido como «válvula de escape» de las sociedades *holding* (esto es, la posibilidad de dar por cumplido el requisito de participación del 5% si una sociedad intermedia ya tributó la renta) no parece extenderse al caso de que el dividendo provenga de una participada indirecta que sí cumple con el requisito de participación pero no con el requisito de impuesto análogo o tributación mínima. Urge por lo tanto una clarificación de este punto por parte de las autoridades españolas, o probablemente, una nueva modificación de la LIS.

3 · EL IMPACTO DE LA NORMA EN EL CASO DE ACCIONISTAS MINORITARIOS, GRUPOS FAMILIARES E INVERSIONES DE CARTERA

El contenido de las anteriores secciones pone de manifiesto una cuestión de enorme trascendencia tributaria, como es la mayor tributación de accionistas minoritarios que no dispongan de participaciones sustantivas (o de alto coste) tanto en filiales directas como en entidades participadas de segundo o ulterior nivel a través de sociedades *holding*. La nueva LIS genera situaciones en las que se incrementa la tributación de las rentas percibidas en comparación con el régimen anterior, y obligará a reformular estructuras tradicionales de planificación fiscal y operativa.

Pensemos por ejemplo en el caso de un grupo familiar que controla un negocio operativo a través de una estructura *holding* prototípica: 4 hermanos tienen un 25% cada uno (a través de sociedades unipersonales denominadas A, B, C y D) de la sociedad *holding* H1, que controla el 50% de la sociedad S1. S1 es a su vez titular del 30% de S2.



Si las sociedades A, B, C y D reciben un dividendo de S2 a través de la estructura societaria, la exención de la renta para A, B, C y D dependerá del carácter de *holding* o no de H1. Por consiguiente, en el caso de que S1 no fuera *holding*, el grupo I estaría interesado en eliminar el *holding* familiar H1 y participar así de forma directa en S1, con el fin de que los dividendos distribuidos por S2 puedan quedar exentos de tributación en A, B, C y D.

Como ya señalamos con anterioridad, la misma problemática puede surgir en el caso de inversiones en entidades cotizadas o grandes grupos encabezados por sociedades que revistan la condición de *holding* de acuerdo a la definición propuesta (70% de ingresos constituidos por dividendos y plusvalías) respecto de rentas que provengan de entidades excluidas de su grupo de consolidación mercantil.

4 · OTRAS CUESTIONES: AUSENCIA DE ACTIVIDAD, PATRIMONIALIDAD Y TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Hemos visto que la nueva LIS elimina el test de actividad económica en la entidad participada (que exigía la ley anterior para aplicar la exención a rentas de filiales internacionales). Ello permite aplicar el nuevo sistema de exención a los dividendos distribuidos por una sociedad patrimonial, definida como «aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto (...) a una actividad económica» (sin medios materiales y humanos). Por otro lado, en caso de transmisión, la LIS permite exonerar igualmente la parte de plusvalías que se correspondan con reservas expresas y

excluye — únicamente— las reservas tácitas y fondos de comercio.

Con independencia de lo anterior, el artículo 100 LIS define como entidades sujetas al régimen de «transparencia fiscal internacional» a aquellas que, siendo controladas directa o indirectamente en más de un 50% por el contribuyente, tengan un tipo de tributación inferior al 75% del establecido por la norma española y, o bien no dispongan de medios materiales y humanos, o bien obtengan una serie de rentas pasivas (tales como dividendos y ganancias de participaciones — no sustantivas— de cartera).

La LIS excluye de la exención del artículo 21 LIS las rentas derivadas de la transmisión de la participación (directa o indirecta) en una entidad extranjera que cumpla los requisitos anteriores, siempre que, al menos, el 15% de sus rentas queden sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional (este test se realizará en cada ejercicio, y es posible aplicar una exención parcial proporcional a los años de tenencia de la participación en los que la sociedad obtuvo rentas pasivas en menos del 15%).

Existe, por lo tanto, un ámbito en el que confluyen ambas figuras o conceptos (*i. e.*, las sociedades patrimoniales extranjeras). Y la primera cuestión que se plantea es qué concepto legal prevalece en estos casos. La respuesta parece que debería ser la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional, por ser ésta una norma específica, antiabuso y que aplica con carácter previo a la determinación de un resultado o dividendo de la entidad filial.

Por otro lado, una lectura conjunta de los artículos 21 y 100 LIS genera dudas sobre la adecuación de la LIS a la normativa comunitaria, al proveer tratamientos fiscales potencialmente distintos a situaciones similares (únicamente diferenciables en el lugar de establecimiento de la filial — sociedad patrimonial española vs. extranjera— y su tipo de tributación — elemento declarado como no suficientemente relevante por parte de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, p. ej., STJCE 12.9.2006, Cadbury-Schweppes, As. C-196/04—).

En este sentido, se observa que a las sociedades patrimoniales (sin actividad económica) españolas se les respeta en todo caso su personalidad jurídica (sin considerar existencia de abuso), y que sus dividendos, en caso de reparto, están exentos. Por el contrario, a las sociedades patrimoniales extranjeras se les puede llegar a aplicar una norma antiabuso (que parece casi automática en su aplicación, si no existen medios materiales o humanos, o en caso

de no existir actividad económica) que genera imputaciones de renta (sin permitir diferimientos) y que nunca podrán quedar exentas en sede del perceptor.

Si bien es cierto que esta discusión excede el ámbito de este artículo, podría tratar de zanjarse rápidamente por la vía de indicar que la sociedad patrimonial española ha estado sujeta a tributación bajo el impuesto español y la sociedad patrimonial extranjera ha estado sujeta a un tipo de tributación inferior (siendo la transparencia fiscal internacional una norma antiabuso que persigue precisamente evitar la deslocalización de rentas a países de menor tributación). No negaremos la plausibilidad de este argumento. Valga señalar simplemente, para dejar abierta la cuestión, que la STJCE Cadbury-Schweppes ya reconoció que el elemento fiscal o tipo de tributación no puede ser un argumento único ni esencial para aplicar o justificar la transparencia fiscal internacional y restringir la libertad de establecimiento comunitaria, y que la ausencia de medios materiales y humanos, o de actividad económica en la filial extranjera, no debería resultar en un automatismo en la aplicación de las reglas de transparencia fiscal internacional, o de regímenes fiscales distintos a sociedades españolas y extranjeras (constituidas o implantadas en la Unión Europea).

5 · LIMITACIONES A LA EXENCIÓN EN EL CASO DE REORGANIZACIONES EMPRESARIALES

El artículo 21 LIS recoge una limitación expresa al importe de la exención, en el caso de transmitir participaciones en filiales que hubieran gozado del régimen de diferimiento de la tributación del capítulo VII del título VII de la LIS, relativo al régimen especial de fusiones y reorganizaciones empresariales.

La limitación opera (a) en el caso de que dichas participaciones en filiales no cumplieran con los requisitos del artículo 21 LIS al momento de realizarse la operación de fusión o reorganización empresarial, o (b) en el caso de aportaciones no dinerarias de activos (distintos de participaciones en filiales) que hubieran determinado igualmente la no integración de rentas en el impuesto del aportante con motivo de una operación de reorganización empresarial. En estos supuestos, la exención aplicable a la ganancia derivada de una transmisión posterior se limitará a la parte de la renta que se corresponda con un incremento de valor de la participación (generado con posterioridad a la operación reorganización empresarial). La renta que que-

dó diferida en su día se integrará, por consiguiente, en la base imponible del contribuyente tributando conforme a las reglas generales (pudiendo — en su caso— aplicar una exención parcial, si cumpliera los requisitos para ello).

6 · LA REGULACIÓN DE LOS PRÉSTAMOS DE VALORES

El préstamo de valores es un contrato oneroso por el que una parte (el prestatario) adquiere de la otra parte (prestamista) determinados valores (p. ej., acciones), obligándose el prestatario a devolver al prestamista valores de la misma clase y características a una fecha determinada y a satisfacer un interés durante el plazo del contrato.

El préstamo de valores puede ser utilizado para instrumentar posiciones cortas, o como garantía de una operación financiera, o en otras situaciones, para instrumentar y estabilizar ofertas públicas de valores. En los casos en que el contrato funcione como garantía (o con finalidades distintas a la venta inmediata del valor, típica de la operación a corto), será habitual que se pacte la obligación del prestatario de pagar al prestamista un importe equivalente a los derechos económicos distribuidos por el emisor de los valores (incluidos dividendos si estamos en presencia de acciones), y que el prestamista conserve el importe de los valores o acciones en sus libros contables, ya que conserva derechos asociados a ellos.

Ante esta situación, la LIS opta por un nuevo enfoque económico de estas operaciones. En primer lugar, deniega la exención para evitar la doble imposición al titular jurídico del valor o acción (el prestatario) en relación con aquellos dividendos recibidos cuyo importe deba entregar al prestamista (considerado titular económico del derecho) registrando un gasto al efecto, y paralelamente, en segundo lugar, otorga una exención para evitar la doble imposición al prestamista (receptor final de los importes), en la medida en que conserve el registro contable de dichos valores o acciones, demuestre que el dividendo fue percibido por el prestamista o una entidad del grupo mercantil, y se cumplan — respecto de las acciones objeto de préstamo— los requisitos generales de participación (5% o valor de coste de 20 millones de euros), tenencia (1 año) y tributación mínima requeridos por el 21.1 LIS. A falta de una manifestación en contrario, entendemos que la norma permite aplicar este enfoque a todas las rentas que tengan natu-

raleza de dividendo (o «*manufactured dividend*») derivadas de préstamos de valores sobre acciones, ya sean españolas o extranjeras.

7 · IMPACTO DE LA NORMA SOBRE LAS ESTRUCTURAS ETVE

Las modificaciones de exención internacional introducidas por la LIS tienen impacto directo en las estructuras de ETVE, no solo por implicar una modificación obvia del artículo 21 LIS (sobre el que pivota el régimen), sino porque dichas estructuras invierten frecuentemente en sociedades *holding* de otros países.

Ello obligará a una revisión profunda de las estructuras de inversión y a un análisis cuidadoso de las participaciones en filiales indirectas de segundo y ulterior nivel para verificar que las rentas derivadas de la estructura (i) son aptas para la exención en sede de la ETVE, y (ii) pueden gozar de la regla de no sujeción del artículo 108 LIS en el momento de su distribución o realización por el accionista no residente de la ETVE.

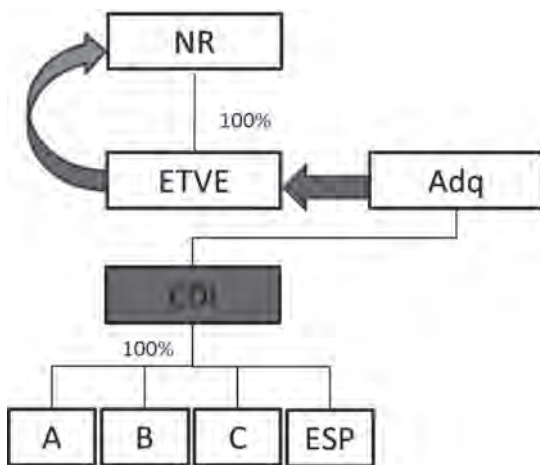
En este sentido, la nueva norma aporta beneficios evidentes, como, por ejemplo, la eliminación de la restricción consistente en denegar la exención internacional a las plusvalías obtenidas en caso de venta de filiales extranjeras si el comprador era residente en un paraíso fiscal.

Sin embargo, estas estructuras pueden verse fuertemente afectadas por el estricto requisito de participación indirecta del 5% exigido en el caso de inversión a través de otra entidad *subholding* (fuera de un grupo mercantil). Particularmente, al haberse eliminado la regla del artículo 21.1.c.2 de la ley anterior (conocida como la regla «85%-15%») que permitía acumular hasta un 15% de dividendos no aptos para la exención a un importe del 85% de dividendos aptos, con el fin de declararlos exentos en su totalidad al ser distribuidos por una *subholding* o *holding* intermedia al contribuyente.

Adicionalmente, la modificación del artículo 21 LIS genera algunas dudas interpretativas en el ámbito ETVE. En particular, en relación con la eliminación de la limitación de la exención para ganancias derivadas de la transmisiones de filiales extranjeras que posean, directa o indirectamente, participaciones en entidades residentes en territorio español o activos situados en dicho territorio, cuando la suma del valor de mercado de unas y otros supere el 15% del valor de mercado de los activos totales la filial

extranjera (presente en la antigua ley). Ello puede tener impacto en las reglas de no sujeción a impuestos de las distribuciones de renta realizadas al amparo del 108 LIS.

Así, el artículo 108.1 LIS declara no sujetos a tributación en España los dividendos distribuidos a los socios o accionistas de una ETVE «con cargo a las rentas exentas a que se refiere el artículo 21 de esta Ley que procedan de entidades no residentes en territorio español». El 108.2 LIS establece en cambio, para el caso de plusvalías en la venta de las acciones de la propia ETVE, que no estará sujeta «la renta que se corresponda con las reservas dotadas con cargo a las rentas exentas o con diferencias de valor, imputables en ambos casos a las participaciones en entidades no residentes que cumplan los requisitos establecidos en el artículo 21 de esta Ley». ¿Qué ocurre entonces en el caso de que la ETVE venda una participación en una filial extranjera que participe a su vez en varias filiales de segundo nivel entre las que se encuentre una sociedad española, y posteriormente distribuya el producto de la venta a su accionista no residente? No hay duda de que la ganancia obtenida por la venta global de la filial extranjera y sus filiales (incluida la española) está exenta de tributación en sede de la ETVE. Pero ¿qué ocurre con la distribución del dividendo al accionista no residente?



El silencio de la norma (tanto en el 21 LIS como en el 108 LIS) sobre cómo operar cuando una filial extranjera participa en una sociedad española (o tiene activos españoles), podría entenderse no como un beneficio para el contribuyente, sino como la necesidad de desglosar el dividendo repartido por ETVE, señalando qué parte de él proviene de una sociedad española, aunque se haya obtenido

a través de una sociedad no residente (operativa o *holding*): si existe la obligación de realizar tal detalle, la distribución de la renta en forma de dividendo al accionista no residente quedaría sujeta a retención o gravamen en España, al menos por la parte de la renta que indirectamente corresponda a una sociedad filial española. En definitiva, ello significaría que donde la anterior ley permitía un 15% de valor de origen español exonerado de tributación y libremente distribuible al accionista no residente, la nueva LIS no permitiría margen alguno (ello no es descartable si vemos que la regla del 108.2 LIS parece exigir tal desglose para ganancias de entidades participadas, sin especificar, sin embargo, si se refiere a filiales directas o indirectas de la ETVE). No obstante, (a) parece que esta interpretación no sería extensible en ningún caso a una sociedad extranjera que tenga activos en España (distintos de acciones), y (b) salvo situaciones de abuso o fraude de ley, podría ser legítimo considerar que la renta distribuida por ETVE al accionista no residente fue derivada de la venta de una sociedad extranjera (la *holding* participada en primer nivel) y que el 108.1 LIS no exige un análisis indirecto, como sí hace el 108.2 LIS. Ello permitiría distribuir toda la renta, incluida la de fuente española, sin retención. Admitimos que una interpretación demasiado flexible en este sentido podría llegar a facilitar situaciones de abuso, pero no parece que el sentido literal de la norma (108.1 LIS) impida tal interpretación. Es deseable, por consiguiente, que esta cuestión sea objeto de clarificación.

Por otro lado, hay que señalar que la derogación del sistema de deducción en cuota del artículo 30 de la antigua ley podría afectar a las estructuras de doble *holding*, en las que una entidad ETVE invierte en otra ETVE para canalizar inversiones en filiales extranjeras: si las consultas de la Dirección General de Tributos reconocieron la posibilidad de aplicar la regla de no sujeción al dividendo obtenido por el socio no residente de la ETVE matriz, tras la aplicación por esta del (antiguo) artículo 30.2 a los dividendos de otra ETVE (*subholding*) distribuidos con cargo a rentas extranjeras bajo un argumento finalista, la situación debería seguir igual, y con mayor razón, tras la unificación de las exenciones en el nuevo artículo 21 LIS. En estos supuestos, sin embargo, será necesario analizar que las filiales cumplan con el requisito de participación indirecta del 5% por parte de la ETVE matriz, ya que lo habitual será que la segunda ETVE (o *subholding*) califique como sociedad *holding* de acuerdo con la regla del 70% de ingresos antes mencionada.

Finalmente, la modificación del régimen de exención del artículo 21 LIS ha venido acompañada de una mejora del tratamiento fiscal de los socios y accionistas de una ETVE residentes en España, al permitirles integrar las rentas derivadas de la inversión en la base del ahorro. Esta es una medida técnica, gratamente bienvenida.

8 · BREVES REFERENCIAS DE DERECHO COMPARADO

La implementación de sistemas de exención para evitar la doble imposición a nivel doméstico e internacional tiene distintos niveles de aprobación y acogimiento en el ámbito comparado. Así, es interesante analizar la situación de países de nuestro entorno cercano, no solo para justificar la incorporación de tan novedosa medida al ordenamiento español, sino también para poder validarla como un instrumento de mejora de la competitividad, en los términos señalados por la exposición de motivos de la LIS.

El sistema de exención para evitar la doble imposición de dividendos y plusvalías en el ámbito internacional (conocido como «*participation exemption*») tiene una amplia acogida en países del entorno europeo y, especialmente, en aquellos altamente involucrados en la estructuración de inversiones internacionales. Las ventajas conferidas por este mecanismo se consideran un puntal de lanza de la expansión internacional de sus compañías y mercados, al proporcionar un mecanismo simple y efectivo para la eliminación de la doble imposición, que puede cristalizar ahorros a nivel de grupo. Pensemos, por ejemplo, en una filial extranjera con una tributación del 20%. Si el dividendo recibido con esa carga tributaria está exento de tributación en España, se consolida un ahorro a nivel de grupo respecto del tipo tributario que aplicaría a la renta en caso de aplicar un sistema de imputación y crédito o deducción (que en España llevaría la renta a tributar un 28% en 2015, haciendo menos competitivo al grupo español frente a grupos de otros países).

Es por ello por lo que el sistema de «*participation exemption*» para filiales internacionales está extendido en el ámbito europeo. Portugal, Holanda, Luxemburgo y Reino Unido, por citar algunos socios europeos, disponen de sistemas de exención para rentas extranjeras similares al aplicado en España. Las diferencias se producen en la aplicación de requisitos concretos para la exención. Así,

Holanda y Luxemburgo exigen la sujeción de la filial a un impuesto del 10% o 10,5% (en términos similares al régimen español), pero permiten distintas excepciones — son menos exigentes— para poder aplicar la exención a participaciones que no alcanzan el 5% de la filial. Por otro lado, dichos países fueron pioneros en la consideración como dividendos exentos de los rendimientos de préstamos participativos y otros híbridos (novedad recogida en la LIS a partir de este año), si bien el no tener la limitación de que el gasto sea no deducible para el pagador, les ha puesto en el punto de mira del proyecto BEPS antes citado. El caso de Portugal es aún más paradigmático, ya que desde 2014 ha unificado la corrección de la doble imposición bajo un solo artículo, en el que se recoge un sistema de exención, de forma muy similar al sistema español.

Por otro lado, en el ámbito de la doble imposición internacional, tanto las potencias regionales latinoamericanas (p. ej., Brasil, Colombia, Chile y México) como otras potencias internacionales (p. ej., Estados Unidos) siguen optando por sistemas de crédito o deducción, como regla general (y salvo que un convenio internacional específico disponga excepcionalmente lo contrario), que pueden conllevar situaciones de mayor tributación. En el caso de Estados Unidos, el complejo sistema de crédito fiscal extranjero («*foreign tax credit*») modula su posible impacto económico por las reglas de diferimiento y no sujeción de rentas aplicables en determinadas circunstancias específicas. Y, si bien es cierto que han existido distintas propuestas de transición hacia un régimen de «*participation exemption*», la situación política actual hace que sea poco previsible su aprobación en el corto plazo. En el caso de los países latinoamericanos, la presencia de un sistema de crédito fiscal — a veces incompleto, como, por ejemplo, en México, donde solo permiten créditos fiscales por impuestos corporativos de filiales de hasta segundo nivel— combinado con unas reglas de transparencia fiscal internacional (antidiferimiento) de carácter expansivo, no solo conlleva situaciones de mayor tributación de rentas, sino también una menor competitividad teórica de sus empresas al invertir en el exterior (véase, por ejemplo, el caso de Perú, además de México y los países latinoamericanos citados anteriormente).

En el ámbito de la corrección de la doble imposición doméstica, sin embargo, una amplia mayoría de países analizados parecen tener una situación equivalente, o incluso más favorable, a la proporcionada por la LIS (para dividendos y plusvalías de filiales españolas).

Los Estados Unidos, como gran excepción, mantienen un sistema de crédito gradual que requiere de un 80% de participación para aplicar un crédito o deducción del 100% de los dividendos distribuidos entre «*corporations*», y de un 20% de participación para un crédito del 80% (siendo el crédito fiscal del 70% por debajo de un 20% de participación). Entre otros factores, este es uno de los motivos por los que los operadores americanos prefieren el uso de «*limited liability companies*» o LLCs, pues su régimen fiscal (similar en ocasiones al régimen de atribución de rentas) permite, en cierta medida, mayor flexibilidad para evitar la doble imposición de rentas. El resto de países analizados aplican sistemas de exención o no sujeción del dividendo recibido de otra entidad filial similares o más beneficiosos que el sistema español. La diferencia principal es que la mayoría de ellos (p. ej., Brasil, Colombia, Chile y México) no requieren un porcentaje mínimo de participación para otorgar el beneficio fiscal y corregir la doble imposición, lo que representa una importante ventaja competitiva frente al régimen de la LIS.

El caso de Portugal es probablemente el más parecido al régimen adoptado por España. En términos generales, su exención (tanto doméstica como internacional) requiere de un 5% de participación y 24 meses de período de tenencia, excluye rentas de paraísos fiscales y de entidades en transparencia fiscal internacional y, para sociedades extranjeras, requiere que hayan quedado sujetas a un impuesto equivalente al 60% del impuesto portugués (21%) como mínimo, por lo que las similitudes estructurales con el régimen español son, a todas luces, obvias.

9 · COMENTARIO FINAL

La nueva regulación de la exención para evitar la doble imposición presenta cuestiones técnicas de gran interés, tanto en el ámbito doméstico como en el internacional.

Se constata una ampliación de los supuestos que pueden quedar sujetos a tributación bajo la nueva ley (lo que forzará una revisión de estructuras implementadas en el pasado) y un incremento de las obligaciones de prueba y diligencia a tener en cuenta por los contribuyentes.

Adicionalmente, no parece que la nueva regulación del artículo alcance el objetivo de simplicidad inicialmente perseguido, y requerirá de un esfuerzo interpretativo notable por parte de las autoridades fiscales españolas.

En el plano puramente técnico, esta podía haber sido una buena ocasión para regular con mayor detalle la aplicación del método de corrección de la doble imposición a los dividendos y ganancias generados como consecuencia de ajustes secundarios de operaciones vinculadas de ámbito internacional.

Asimismo, la eliminación de la norma antideslocalización de empresas, que negaba la exención internacional a las rentas de fuente extranjera procedentes de entidades que desarrollasen su actividad en el extranjero con la finalidad principal de disfrutar del régimen fiscal de exención o tras reubicar una actividad previamente ejercida en España, es potencialmente criticable. Es cierto que la aplicación práctica de esta regla era prácticamente inexistente, pero no es en absoluto claro que las reglas de transparencia fiscal internacional vayan a cubrir adecuadamente la eliminación de la «amenaza» que representaba la regla antideslocalización.

Si bien podemos considerar que el nuevo 21 LIS es un precepto técnicamente moderno y adecuado a los estándares internacionales, requerirá de un desarrollo interpretativo importante — habitual en normas de esta amplitud y trascendencia—, y hubiera sido deseable en él una mayor flexibilidad en la regulación de algunos puntos.

Ello no obstante, la norma incorpora asimismo modificaciones sustantivas que serán claramente bienvenidas, y los operadores jurídicos deberán velar por adaptarse a ella cuanto antes.