

El Gravamen de los Dividendos de Fuente Extranjera y de las Ganancias Derivadas de la Venta de Participaciones en Sociedades no Residentes: La Reforma del Régimen Español en el Marco del Derecho Comparado

Jesús Rodríguez Márquez*

Resumen:

El trabajo tiene por objeto exponer cuál es el gravamen de los dividendos de fuente extranjera en el Derecho comparado, partiendo de la experiencia europea y la norteamericana. Dicho análisis tiene por finalidad última valorar el sistema español de eliminación de la doble imposición internacional, así como, sobre todo, su reforma, que entrará en vigor en 2015.

Palabras clave:

Doble imposición de dividendos de fuente extranjera – Derecho comparado – Reforma fiscal en España – Sociedades no residentes – Exenciones fiscales

Abstract:

This paper analyzes the taxation on foreign dividends in comparative tax law. In particular, we study the European and North American system. Finally, we want to assess the Spanish system to avoid international double taxation and its reform, which will be put in force in 2015.

Keywords:

Double taxations on foreign dividends – Comparative tax law – Spanish tax reform – Non-resident companies – Tax exemptions

Sumario:

1. Presentación – 2. Tratamiento en España de los dividendos de fuente extranjera y de las ganancias derivadas de la venta de participaciones en sociedades no residentes – 3. Tratamiento en Europa de los dividendos de fuente extranjera y de las ganancias derivadas de la venta de participaciones en sociedades no residentes – 4. El gravamen de los dividendos en Estados Unidos: preferencia por el sistema de imputación – 5. Conclusiones acerca del régimen tributario de dividendos y plusvalías en Derecho comparado – 6. La reforma del régimen Español en el contexto del Derecho comparado

* Licenciado y Doctor en Derecho financiero y tributario por la Universidad de Córdoba (España). Ha trabajado como Profesor de Derecho financiero y tributario en las Universidades de Córdoba y Vigo, actualmente en la Universidad Complutense de Madrid. Ha sido Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo de España y, en la actualidad, es Director de Estudios del Instituto de Estudios Fiscales del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas de España.

1. Presentación

El objeto de las presentes líneas consiste, en primer lugar, en mostrar una panorámica del tratamiento fiscal que reciben, en Derecho comparado, tanto los dividendos de fuente extranjera como las ganancias derivadas de la venta de participaciones en sociedades no residentes. De esta forma, pretendemos situar el contexto en el que se aplica el actual régimen español de exención regulado en el art. 21 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, TR-LIS). Esto es, se trata de examinar, en términos relativos, comparando con los países de nuestro entorno, en qué medida nuestro régimen es generoso en el tratamiento tributario de dichas rentas.

A estos efectos, debe tenerse en cuenta que no faltan voces en nuestro país que abogan por introducir mejoras en dicho sistema de exención. Sin ir más lejos, el Informe de expertos encargado por el Gobierno, después de resaltar la laxitud de los requisitos de nuestra norma para acceder a la exención, recomienda exigir que las rentas de las que procede el dividendo hayan sufrido una imposición de, al menos, el 10 por ciento¹. De hecho, el Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades que está siendo objeto de tramitación parlamentaria efectúa una reforma del sistema que, aunque muy limitada, sí contiene aquella exigencia². Al tiempo, efectúa otras modificaciones puntuales, en su mayoría dirigidas a evitar una posible incompatibilidad de nuestro sistema con el Derecho comunitario. La intención final de nuestro trabajo no es otra cosa que analizar la reforma propuesta teniendo presente la situación en Derecho comparado.

Para ello, nuestro estudio parte de una exposición sucinta del régimen español vigente, para, a continuación, describir cuál es la situación en los principales países europeos –Alemania³, Francia⁴, Holanda⁵, Italia⁶ y Reino Unido⁷- y en los EEUU⁸. A continuación, obtendremos una serie de conclusiones que constituyen una comparación de las líneas generales que pueden detectarse en la

experiencia comparada. Finalmente, realizaremos una breve exposición y valoración de la reforma que se propone del régimen español.

2. Tratamiento en España de los dividendos de fuente extranjera y de las ganancias derivadas de la venta de participaciones en sociedades no residentes

Los dividendos de fuente extranjera son, en principio, renta sometida a gravamen al tipo general del impuesto. No obstante, el legislador español se ha preocupado, como no puede ser de otro modo, de establecer mecanismos correctores de la doble imposición, a saber⁹:

- Corrección de la doble imposición internacional a través del método de exención, de conformidad con el art. 21 del TR-LIS.
- Corrección de la doble imposición internacional a través del método de imputación. Así, el art. 31 del TR-LIS elimina la doble imposición internacional jurídica mediante el método de imputación ordinaria, mientras que el art. 32 del TR-LIS elimina la doble imposición internacional económica mediante la deducción del denominado impuesto subyacente.

Cumpléndose los requisitos para aplicar ambos sistemas, su utilización depende de la voluntad del sujeto pasivo, que puede optar por uno u otro.

Centrándonos primero en el método de exención que, por cuestionado, es el que más nos interesa, su aplicación depende del cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Requisitos de la participación

El porcentaje de participación, directa o indirecta, debe ser, al menos, del 5 por ciento. Además, se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto,

1 Informe de la Comisión de Expertos para la Reforma del Sistema Tributario español, pp. 203-205.

2 BOCG, Serie A, Proyectos de Ley, 6 de agosto de 2014, núm. 108-1.

3 La información relativa a Alemania se ha obtenido de A. Perdelwitz, Germany - Corporate Taxation sec. 6., Country Analyses IBFD (accessed 8 May 2014).

4 Por lo que se refiere a Francia, cfr. J. Benamran, France - Corporate Taxation, Country Analyses IBFD (accessed 8 May 2014).

5 En Holanda, hemos acudido a P. te Boekhorst, Netherlands - Corporate Taxation, Country Analyses IBFD (accessed 8 May 2014).

6 La información relativa a Italia procede de C. Galli, Italy - Corporate Taxation, Country Analyses IBFD (accessed 28 May 2014).

7 En cuanto al Reino Unido, las fuentes utilizadas son diversas. En primer lugar, la propia normativa británica. En segundo lugar, la página web de la Administración tributaria de dicho país (www.hmrc.gov.uk). Finalmente, B. Obuoforibo, S. Heydari & J. D'Auvergne, United Kingdom - Corporate Taxation, Country Analyses IBFD (accessed 28 May 2014).

8 La información de EEUU procede directamente de su legislación y de J.G. Rienstra, United States - Corporate Taxation sec. 1., Country Analyses IBFD (accessed 6 June 2014).

9 Una exposición general y completa del sistema español puede encontrarse en LÓPEZ RIBAS, S.: "Eliminación de la doble imposición internacional en el Impuesto sobre Sociedades para los dividendos y plusvalías procedentes de la participación en los fondos propios de entidades no residentes", Cuadernos de Formación, núm. 16/2013, Instituto de Estudios Fiscales, pp. 111-123.

mantenerse posteriormente durante el tiempo que sea necesario para cumplir dicho plazo.

b) Requisitos de la entidad participada

Por lo que se refiere a la entidad participada no residente, debe cumplir las siguientes condiciones:

- Gravamen por impuesto extranjero idéntico o análogo en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios con cargo a los que se reparte el dividendo.

Este requisito se considera cumplido si la entidad participada reside en un país con el que España tenga suscrito CDI con cláusula de intercambio de información. En caso contrario, deberá acreditarse el gravamen, teniéndose en cuenta aquellos tributos que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, siquiera sea parcialmente, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquélla.

- Residencia en un país o territorio que no esté calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.
- Desarrollo de una actividad empresarial.

Se exige que los beneficios que se reparten o en los que se participa procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero. Sólo se considerará cumplido este requisito cuando al menos el 85 por 100 de los ingresos del ejercicio correspondan a:

1º Rentas que se hayan obtenido en el extranjero y que no estén comprendidas entre aquellas clases de renta susceptibles de ser incluidas en la base imponible por aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional.

2º Dividendos o participaciones en beneficios de subfiliales residentes en el extranjero, siempre que se cumplan todos los requisitos ya vistos, relativos a la participación y a la entidad participada.

3º Rentas derivadas de la transmisión de la participación en las subfiliales anteriores, cuando se cumplan los requisitos previstos para la exención de las ganancias derivadas de la venta de participaciones en sociedades no residentes.

Por su parte, los requisitos para la aplicación del régimen de imputación son menos estrictos. Así, la deducción dirigida a eliminar la doble imposición jurídica –art. 31- sólo exige que en la base imponible se integren rentas obtenidas y gravadas

en el extranjero. Por su parte, la deducción del impuesto subyacente se condiciona, únicamente, a la titularidad de una participación de, al menos, el 5 por ciento y a su tenencia durante el plazo de un año.

Finalmente, las ganancias derivadas de la venta de participaciones en sociedades no residentes también pueden beneficiarse del régimen de exención –art. 21- y, en su defecto, del de imputación a través de la deducción del art. 31.

Para la aplicación del art. 21 es necesario que se cumplan las mismas condiciones que para la exención de los dividendos, con las siguientes particularidades:

- El período de tenencia de la participación de un año debe estar cumplido en la fecha de transmisión.
- Los requisitos relativos a la sujeción a impuesto análogo y de realización de actividades empresariales deben cumplirse en todos los ejercicios de tenencia de la participación.

No obstante, si alguno de los dos requisitos no se cumple en algún período, la exención se aplica parcialmente, dejando libre de gravamen la renta en la proporción correspondiente al tiempo en que ambos requisitos sí se cumplían (entendiendo que la renta se genera de forma lineal).

3. Tratamiento en Europa de los dividendos de fuente extranjera y de las ganancias derivadas de la venta de participaciones en sociedades no residentes

3.1 Tributación de los dividendos de fuente extranjera: aspectos generales

Examinando el contexto europeo, puede afirmarse que, en cuanto a su estructura, aunque no en el detalle de la regulación concreta, el régimen español es similar al que se registra en los principales países de la Unión. Así, resulta frecuente que los dividendos resulten, en principio, gravados –con arreglo, por tanto, a un sistema clásico-, aunque también son muy usuales los regímenes de exención. En algunos países, además, tal y como sucede en España, se prevén deducciones para los casos en los que el régimen de exención no resulte aplicable o el sujeto pasivo no opte por su aplicación.

Por lo que se refiere a su sujeción al impuesto, en Alemania, los dividendos están sujetos y gravados al tipo general, lo que supone un gravamen del 15 por ciento, incrementado hasta el 15,83 por ciento por el recargo de solidaridad. Además,

están sujetos al impuesto municipal empresarial, cuyo tipo está normalmente entre el 14 y el 17 por ciento, por lo que el tipo de gravamen efectivo final para dividendos está entre el 30 y 33 por ciento, dependiendo del municipio.

En Francia, la regla general es que los ingresos empresariales derivados de operaciones en el extranjero no están sujetos al Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, dicha excepción no alcanza, en principio, a las rentas pasivas, por lo que los dividendos, incluyendo los de fuente extranjera obtenidos por una sociedad francesa residente, siempre están sujetos. Por tanto, tributan, en principio, al tipo general del 33,33 por ciento.

En Holanda, el término "dividendo" no está claramente definido en la normativa tributaria. A efectos fiscales, el concepto incluye la renta derivada de acciones de una sociedad y de reparto de beneficios y préstamos participativos. Los rendimientos de acciones incluyen cualquier distribución realizada por una sociedad que no sea un reembolso del capital fiscal desembolsado. La distribución está gravada en el ejercicio en el que tiene lugar, incluso si la distribución se lleva a cabo mediante la conversión del dividendo en acciones nuevas.

Desde el 01 de enero de 2004, Italia aplica un sistema clásico de gravamen de los beneficios empresariales, eliminando el sistema anterior de imputación. En la actualidad, se aplica un sistema de exención parcial, que examinaremos más adelante.

Finalmente, en Reino Unido, los dividendos percibidos por las personas jurídicas, que no estén exentos, están sujetos a un tipo impositivo fijo del 23 por ciento desde el 1 de abril de 2013. A partir del mes de abril del 2014 está previsto que el tipo impositivo fijo sea del 21 por ciento y del 20 por ciento a partir de abril del 2015. Cuando los dividendos no cumplan los requisitos para la exención, tributarán en el Impuesto sobre Sociedades, pero podrán beneficiarse de un crédito fiscal. También es posible optar voluntariamente por no aplicar la exención. Esto podría ser beneficioso, si, por ejemplo, en el país de la fuente de los dividendos se contempla una mayor imposición sobre los dividendos si no están sujetos a tributación en el Reino Unido y, al contrario, un gravamen reducido a condición de su sujeción en el Reino Unido. En tal caso, las empresas del Reino Unido podrán optar por no aplicar la exención de dividendos, con el fin de optar por una tributación menor y más ventajosa en el extranjero. Cuando esta sea la opción elegida, estas empresas tendrán disponible en el Reino Unido un crédito fiscal por el impuesto sobre dividendos pagado en el extranjero.

3.2 Los sistemas de exención de los dividendos de fuente extranjera

Como hemos señalado anteriormente, en Europa son muy usuales los sistemas de exención, aunque no son idénticos los requisitos para acceder a los mismos ni la cuantía del beneficio, ya que en muchos casos encontramos sistemas de exención parcial.

Por ello, merece la pena analizar, con cierto detalle, cada una de las legislaciones comparadas.

3.2.1 El régimen de exención alemán: participación significativa del 10 por ciento y gravamen del 5 por ciento del dividendo

En Alemania, tras la abolición del régimen de imputación, se estableció un sistema de exención, aplicable a todos los dividendos. Sin embargo, a partir del 1 de marzo de 2013, dicho régimen se limitó a las participaciones significativas directas de, al menos, el 10 por ciento del capital de la sociedad pagadora. Ello implica que los dividendos ya no están exentos si las participaciones al inicio del año natural no representan al menos el 10 por ciento del capital de la sociedad que los distribuye [sección 8b(4) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, KStG, por su siglas en alemán). La exención también se aplica a otros ingresos similares, derivados de la participación en los fondos propios de sociedades, así como a los originados por la venta del certificado de dividendo –*dividendenschein*– que no implica la transmisión de las acciones. Con efectos desde 2014, se exige un requisito adicional para poder aplicar la exención. Así, es preciso que los dividendos no hayan sido deducidos como gasto para determinar la base imponible de la sociedad pagadora.

La exención, no es completa ya que se suma a la base imponible una cantidad a tanto alzado del 5 por ciento de los dividendos, en concepto de gastos empresariales no deducibles (sección 8b(5) KStG). Por tanto, si se cumplen los requisitos para la aplicación del régimen de exención, los dividendos percibidos tienen una exención del 95 por ciento, quedando el resto sujeto.

Lo que acabamos de exponer se refiere al Impuesto sobre Sociedades, pero debemos considerar también la situación en el Impuesto local empresarial. En dicho tributo se aplica también un régimen de exención, pero condicionado a que se cumplan los siguientes requisitos:

- Poseer una participación de al menos el 15 por ciento en la filial extranjera desde el principio del período impositivo.

- Que la filial esté activa en el sentido previsto por la norma tributaria extranjera.
- Que si la filial obtiene ingresos derivados de participaciones, éstas sean de al menos el 25 por ciento y se haya mantenido ininterrumpidamente la participación durante el plazo de los doce meses previos.

3.2.2 El régimen de afiliación francés: gravamen del 5 por ciento del dividendo

En Francia existe también un régimen de exención, al que pueden optar –de ahí que se denomine, régimen de afiliación- las sociedades matrices con respecto a los dividendos percibidos de las filiales extranjeras [arts. 145 y 216 del Código General de Impuestos (en adelante, CGI)]. Para poder aplicar el régimen de exención, la matriz francesa debe cumplir las siguientes condiciones:

- Estar sujeta al Impuesto sobre Sociedades al tipo general en todas o parte de sus actividades, con independencia de su naturaleza.
- Poseer en plena propiedad acciones en la sociedad pagadora que constituyan una participación significativa. Los requisitos para que una participación sea calificada como significativa serán analizados a continuación.
- Las acciones anteriores deben estar registradas o depositadas en un intermediario autorizado.
- Poseer las acciones durante al menos dos años o haberlas suscrito en el momento de su emisión.
- No realizar ninguna operación de reestructuración entre los miembros del grupo en el plazo que se utiliza para calificar las ganancias como de corto plazo (2 años).

No obstante, si no se cumple esta última condición, la matriz puede beneficiarse del régimen de exención si no se aplica ninguna deducción por una pérdida generada como consecuencia de la operación de reestructuración intragrupo.

Las acciones se consideran como participación significativa si cumplen uno de los siguientes criterios:

- Representan, al menos, el 5 por ciento de los derechos de voto.
- Son consideradas como participación a efectos contables, esto es, son mantenidas permanentemente por razones estratégicas y permiten a su titular ejercer influencia y control sobre la filial.

- El precio de adquisición excede de 22.800.000 euros.
- Fueron adquiridas en el marco de una oferta pública de adquisición.

Como regla general, no se exige ningún requisito –por ejemplo, su sujeción a un impuesto equivalente- para la sociedad filial, pagadora del dividendo. No obstante, cuando el dividendo tiene su origen en un país catalogado como un Estado o territorio no cooperativo, el régimen de exención deviene inaplicable. Adicionalmente, las acciones en determinadas sociedades o entidades híbridas no pueden calificarse como significativas, como sucede, por ejemplo, con los vehículos de inversión o las sociedades cuyo activo es fundamentalmente inmobiliario.

Cuando se aplica el régimen de exención, se añade a la base imponible una cantidad a tanto alzado del 5 por ciento del dividendo, que representa la cuantía de gastos no deducibles, tributando al tipo general del impuesto de sociedades. Ello significa un gravamen efectivo de los dividendos exentos del 1,72 por ciento.

3.2.3 El régimen de exención holandés: participación significativa con diversidad de requisitos

Bajo el régimen de exención, los dividendos de las participaciones que se consideren significativas están exentos del Impuesto sobre Sociedades [art. 13 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (en adelante, Vpb, en neerlandés)].

Todas las sociedades residentes y no residentes con establecimiento permanente en Holanda pueden beneficiarse del régimen de exención, en la medida en que, generalmente, estén sujetos al impuesto en dicho país. Las instituciones de inversión se excluyen de este régimen porque no están sujetas al Impuesto sobre Sociedades. La exención se aplica tanto a los dividendos de origen nacional como extranjero, que es el caso que a nosotros nos interesa.

Para tener derecho a la exención, deben cumplirse dos requisitos: el relativo a la participación y el de los motivos. Si no se cumple este último, la exención; sin embargo, puede aplicarse si se cumple el requisito de los activos o el de la sujeción a impuestos.

En todo caso, no se prevé en la normativa ningún requisito relativo a la duración del período en el que la participación debe estar en manos de la empresa matriz.

Los requisitos para la aplicación del régimen de exención son los siguientes:

A. Test de la participación

En virtud del mismo la exención se aplica a (art. 13(2) Vbp):

- Participaciones de al menos el 5 por ciento del valor nominal del capital social desembolsado de una empresa filial activa.
- Participaciones de al menos el 5 por ciento en un fondo de inversión
- Participaciones en una cooperativa
- Participaciones en una sociedad comanditaria "abierta"¹⁰, en manos de un socio que participe por lo menos en el 5 por 100 de los beneficios obtenidos por dicha entidad.

Por otra parte, la posesión de al menos el 5 por 100 de los derechos de voto de una filial establecida en un Estado miembro de la UE también permite la aplicación de la exención si el convenio con el Estado prevé una reducción de la retención de dividendos tomando en cuenta los derechos de voto.

El régimen de exención también se aplica si la sociedad es titular de un derecho a participar en los beneficios derivados de una cartera significativa, sin ser dueña de las mismas acciones. Igualmente, si es titular de un préstamo híbrido concedido a una participación significativa (art. 13(4)(a) y (b) Vbp).

Si un contribuyente no posee el porcentaje de participación requerido, pero una sociedad vinculada sí es titular de una participación significativa en la misma sociedad, el régimen de exención se aplica también al primero (art. 13(5) Vbp).

B. Test de los motivos

Para poder aplicar la exención, las participaciones deben mantenerse con la finalidad de gestionar y administrar las mismas y no como mera inversión de cartera. Sin embargo, la Administración podrá probar que la participación se lleva a cabo como una mera inversión de cartera, en cuyo caso no podrá aplicarse el régimen de exención.

No obstante, si la entidad no cumple este último test, el régimen de exención puede aplicarse cuando se cumpla alguna –basta con una– de las siguientes circunstancias:

- Requisito de sujeción al impuesto.

Se cumple este requisito si la filial extranjera, en su país de residencia, está gravada a un tipo del 10 por ciento sobre sus beneficios, calculados estos últimos de conformidad con las normas holandesas (art. 13(11)-(13) Vbp).

- Requisito de los activos.

A través de este requisito se pretende evitar la aplicación de la exención a las participaciones poco gravadas. Para ello, la norma holandesa atiende a la composición del activo de la sociedad participada, de la filial. Una participación tiene la consideración de inversión poco gravada, generalmente, si la filial es titular, en más de un 50 por ciento de sus activos, de inversiones que se califican como de cartera "libre". Las inversiones de cartera se consideran "libres" si no cumplen una función empresarial (art. 13(9)-(12) Vbp). Del mismo modo, los activos usados para actividades financieras y puestos a disposición de partes vinculadas se consideran también inversión de cartera "libre". Esta disposición no se aplica si las actividades se consideran como actividades de financiación activas, lo que tiene lugar si se cumplen las siguientes condiciones:

- La empresa en cuestión organiza y lleva a cabo las transacciones financieras de las sociedades del grupo de forma no ocasional.
- Los préstamos obtenidos de terceros constituyen al menos el 20 por ciento del valor de mercado de los activos de la compañía.
- La empresa no gestiona la liquidez de excedentes que superen el 10 por ciento de su capital desembolsado durante un período de más de 12 meses. Las inversiones a corto plazo que se mantienen para la adquisición de participaciones no se tienen en cuenta para la determinación del umbral del 10 por ciento.
- La empresa es independiente en cuanto a su dirección general y gestión ordinaria de sus negocios. Ello no impide que sí exista la interferencia normal realizada por los accionistas y la dirección del grupo.
- El número de personas empleadas, sus habilidades y responsabilidades están en consonancia con el carácter y la función de la empresa. Además, ésta tiene su propia oficina, que está equipada con las instalaciones que son habituales en el sector financiero.
- La empresa lleva a cabo sus operaciones a través de sus propias cuentas bancarias.

¹⁰ En Holanda, una sociedad comanditaria "abierta" es aquella en la que la admisión o el reemplazo de los socios puede llevarse a cabo sin el consentimiento de la totalidad de los restantes.

3.2.4 El sistema de exención italiano: gravamen del 5 por ciento del dividendo

En general, los dividendos se encuentran exentos, tanto si son de fuente nacional como extranjera, en su 95 por ciento y sin ningún requisito adicional. La parte no exenta, del 5 por ciento, se integra en la base imponible con arreglo a un criterio de caja.

No obstante, para las empresas que aplican las NIC/NIIF se aplica un régimen diferenciado. En este caso, si las participaciones se califican como activos financieros mantenidos para negociar, no rige la exención del 95 por ciento y, además, se gravan tanto las ganancias realizadas como las implícitas, derivadas del ajuste a valor de mercado.

En el caso particular de los dividendos de fuente extranjera, la exención del 95 por ciento está sujeta a dos condiciones. De un lado, que los dividendos no se hayan deducido total o parcialmente en el estado de la fuente. De otro lado, que no deriven de una sociedad residente en un Estado o territorio incluido en la lista negra a efectos de las normas de transparencia fiscal internacional. Esta última condición presenta; sin embargo, una excepción que permite acceder al régimen de exención. Este se aplica si existe un acuerdo, con la sociedad holding receptora del dividendo –aprobado por la Administración tributaria-, por el que ésta declare no perseguir la localización de los ingresos en un Estado con un régimen fiscal privilegiado.

3.2.5 El régimen británico de exención

A. General

La Ley de Finanzas de 2009 (*Finance Act 2009*) introdujo un sistema de exención de la mayoría de los dividendos y otras distribuciones recibidas por empresas medianas o grandes, independientemente de la fuente (es decir, ya sea nacional o extranjera). La exención se aplica a los dividendos pagados a partir del 1 julio de 2009. La normativa más relevante del sistema se encuentra en el Título 9A de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2009 (en adelante, CTA 2009 por sus siglas en inglés).

La legislación considera sujetas, en principio, todas las distribuciones realizadas por las empresas, pero prevé determinadas “categorías exentas”, que son muy amplias, con lo que la mayoría de las distribuciones realizadas a las empresas británicas de mediano y gran tamaño están dentro de alguna categoría exenta.

El término “distribución” se refiere tanto a los ingresos ordinarios como a distribuciones de capital. Hasta el 22 de junio de 2010, las distribuciones de capital no estaban cubiertas por la exención. Sin embargo, *La Ley de Finanzas (No.3) de 2010 (Finance (No.3) Act 2010)* amplió la exención a las distribuciones de capital, con efectos retroactivos desde el 1 de julio de 2009. No obstante, el contribuyente podía optar por no aplicar la modificación retroactivamente, no quedando exentas las de capital realizadas entre el 1 de julio de 2009 y 22 de junio de 2010.

La distribución de una reserva como consecuencia de una reducción de capital social también puede beneficiarse de la exención de distribuciones.

B. La opción de no aplicar la exención

El beneficiario de la exención puede optar; no obstante, por no aplicarla, en cuyo caso la distribución quedaría gravada. La opción debe ejercitarse en o antes del transcurso de dos años contados desde que finalizó el período contable en el que se percibió la distribución.

La razón por la cual una empresa puede optar por no aplicar la exención podría ser el hecho de obtener una posición fiscal más favorable en el país de la empresa pagadora del dividendo. Por ejemplo, un tratado podría establecer un tipo de retención reducido para aquellas distribuciones realizadas a una empresa del Reino Unido, siempre que esta distribución esté sujeta a tributación en el Reino Unido. La conveniencia de optar por la inaplicación de la exención dependerá, por tanto, de las circunstancias de cada caso.

En lo que se refiere a los requisitos del procedimiento, las empresas deben dejar claro, a través de su declaración, a qué distribuciones eligen no aplicar la exención. No es necesario cuantificar el gravamen en el momento que se hace la opción, siendo suficiente con que las distribuciones puedan ser claramente identificadas.

C. Condiciones de la exención y normas específicas antiabuso

Deben cumplirse las siguientes condiciones para que pueda aplicarse la exención:

- La distribución debe estar dentro de una “categoría exenta”.
- La distribución no puede ser de intereses recalificados como dividendos por aplicación del art. 1000(1)E ó F de la Ley del Impuesto

sobre Sociedades de 2010 (en adelante, CTA 2010, por sus siglas en inglés)¹¹.

- La distribución no da lugar a que se reconozca alguna deducción a un residente extranjero en virtud de la legislación de su territorio.

Las categorías exentas son las siguientes:

- a) Las distribuciones de empresas controladas (art. 931E de la CTA 2009)

Una distribución entra en esta categoría si se cumple alguna de estas dos condiciones:

- Que la sociedad beneficiaria controle a la sociedad pagadora.
- Que el beneficiario sea una de las dos personas que, en su conjunto, controlan al pagador. En este sentido, el beneficiario debe ostentar al menos el 40% de las acciones, derechos y facultades de la sociedad pagadora, lo que, junto con el otro sujeto, le otorga el control de la empresa. Asimismo, la segunda persona debe tener intereses, derechos y poderes que representan al menos el 40%, pero no más del 55 por ciento de las acciones, derechos y potestades de la empresa que controlan conjuntamente. Estos requisitos se conocen comúnmente como “los requisitos del 40 por ciento” y tienen su origen en la normativa sobre transparencia fiscal internacional.

En la determinación del porcentaje de los derechos y facultades, no deben tenerse en cuenta los siguientes:

- Los derechos y poderes de cualquier persona vinculada residente del Reino Unido.
- Los derechos y poderes que, en virtud de las normas de transparencia fiscal internacional, sean atribuibles a una persona vinculada residente en el Reino Unido.

El objetivo de estas disposiciones es garantizar que sólo los derechos y poderes de la sociedad beneficiaria se tengan en cuenta, excluyendo los de sus sociedades vinculadas.

Una de las reglas específicas antiabuso se aplica para excluir de la exención a las operaciones que implican la manipulación de las normas de empresas controladas (art. 931J CTA 2009). Se refiere a aquellos dividendos que se paguen como parte de una operación cuyo propósito principal,

o uno de los principales, sea asegurar que los dividendos estén comprendidos dentro de una categoría exenta. Según esta regla antiabuso, el dividendo se entiende pagado respecto de los “beneficios pre-control”. Esto es, la norma está dirigida a un escenario en el que, en el momento en el que se devengaron los beneficios, no se cumplían las condiciones para el control, por lo que el dividendo se paga posteriormente cuando sí se cumplen las condiciones. En dichas situaciones, por tanto, la exención no se aplica.

Cuando se pague un dividendo en parte con las ganancias antes de control, y en parte no, se aplica un tratamiento separado, ya que deben considerarse como dos dividendos distintos. Este tratamiento separado se aplica no sólo a la exención de dividendos, sino también a la deducción por doble imposición, que veremos más adelante.

Sin embargo, aunque el pago de dividendos incumpla esta norma antiabuso podría; no obstante, beneficiarse de la exención si estuviera incluido dentro de alguna de las otras categorías exentas.

- b) Las distribuciones derivadas de acciones ordinarias no canjeables (art 931F CTA 2009)

La exención resulta aplicable, bajo esta segunda categoría, si el dividendo procede de acciones que cumplan las dos condiciones: ser ordinarias y no reembolsables. Las “acciones ordinarias” están definidas en el art. 931U de CTA 2009 como aquéllas que no conllevan ningún derecho preferente, presente o futuro, a dividendos o a activos de una empresa en su liquidación. Por su parte, una acción es “canjeable” sólo si lo fuera como consecuencia de sus condiciones de emisión (o cualquier otro acuerdo de garantía), de manera que pueda (i) requerirse la amortización, o (ii) dar derecho a su titular a exigir el reembolso o (iii) dar derecho a la empresa emisora a canjear.

Una de las reglas específicas antiabuso está dirigida a las operaciones con acciones cuasi preferentes o cuasi canjeables. Se aplica a las distribuciones realizadas como parte de una operación cuyo propósito principal, o uno de los principales objetivos, es asegurar que la distribución está comprendida dentro de esta categoría de exención. Esta norma se dirige a los regímenes en los que se concede a un accionista derechos equivalentes a una acción canjeable o preferente, a través de un negocio que atribuye derechos distintos a los recogidos en los términos de la emisión de acciones.

11 Dicho precepto señala que determinados pagos de intereses derivados de valores tienen la calificación fiscal de dividendos. Es el caso de los intereses calculados sobre “valores no comerciales”, entendiéndose por tales los que proporcionan una rentabilidad superior al interés comercial (art. 2005 CTA 2010).

Cuando el pago de dividendos incumpla esta norma antiabuso, se podría beneficiar de la exención si; sin embargo, está incluida en otra categoría exenta.

- c) Distribuciones correspondientes a participaciones de cartera (sección 931G de la CTA 2009)

Para que una distribución esté dentro de esta categoría exenta, el beneficiario debe cumplir tres requisitos acumulativamente:

- Tener menos del 10 por ciento del capital social emitido del pagador.
- Tener derecho a menos del 10 por ciento de los beneficios disponibles para su distribución a los accionistas.
- Tener derecho, en caso de liquidación, a menos del 10 por ciento de los activos disponibles para su distribución entre los titulares del capital social emitido.

Para las empresas con más de una clase de acciones, el requisito del porcentaje sobre el capital emitido se refiere a las acciones de la misma clase respecto de las que se realiza la distribución. Una acción no es de la misma clase que otra si las cantidades desembolsadas para cada una de ellas -que no sea en concepto de prima- son diferentes.

Una regla específica antiabuso se aplica a las distribuciones realizadas como parte de un plan cuyo propósito principal, o uno de los principales objetivos, sea asegurar que la distribución está comprendida dentro de esta categoría exenta. La regla se dirige a operaciones en las que una participación del 10 por ciento o más se divide entre empresas vinculadas, al objeto de no alcanzar dicho porcentaje. A los efectos de esta regla, las participaciones de todas las "personas relevantes" -es decir, el beneficiario de los dividendos y todas las empresas vinculadas- se agregan, a fin de determinar si las acciones ascienden al 10 por ciento o más.

No obstante, cuando una distribución incumple esta norma antiabuso, podría beneficiar de la exención si cumple los requisitos de otra categoría exenta.

- d) Los dividendos procedentes de operaciones no diseñadas para la reducción de impuestos (art. 931H de la CTA 2009)

Esta categoría exenta se limita únicamente a los dividendos; es decir, no cubre las "distribuciones" en su sentido más amplio. Para estar dentro de esta categoría, el dividendo debe ser pagado con los "beneficios relevantes", que se definen, esencialmente, como los beneficios disponibles para su distribución en el momento del pago del dividendo, que no sean el resultado de transacciones cuya finalidad y efecto sea lograr una reducción de impuestos en el Reino Unido.

Cuando se paga un dividendo en parte con "beneficios relevantes", y en parte no, se tratarán como dividendos separados. Este tratamiento por separado no sólo tiene relación con las normas de exención de distribuciones, sino también en cumplimiento de las normas para evitar la doble imposición.

D. Normas antiabuso generales

Además, de las normas antiabuso específicas que acabamos de examinar, también existen cláusulas generales, que impiden la aplicación del régimen de exención a operaciones diseñadas con una finalidad elusiva. A título de ejemplo, no se aplica el régimen de exención si la distribución de dividendos se realiza entre sociedades vinculadas y encubre, en realidad, una operación de préstamo. Tampoco si da lugar, para la sociedad pagadora, a una deducción con arreglo a su normativa nacional.

E. Régimen de las pequeñas empresas

Las pequeñas empresas podrán acogerse a la exención si se cumplen ciertas condiciones. A estos efectos, la definición de "pequeña empresa" será la recogida en el anexo de la Recomendación 2003/361 de la Comisión¹². Sin embargo, estarán excluidas del ámbito de aplicación las siguientes pequeñas empresas:

- Compañías de inversión de capital variable
- Planes de inversión colectiva
- Compañías de seguros
- Mutualidades.

Para la aplicación de esta exención las pequeñas empresas deben cumplir las siguientes condiciones:

- La sociedad que paga debe ser residente en el Reino Unido, o en un "territorio clasificado" -es decir, un territorio con el que el Reino Unido tiene un acuerdo de doble imposición con cláusula de no discriminación-, y no debe ser una sociedad con doble residencia.

¹² Su art. 2.1 señala que "la categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo balance general anual no excede de 43 millones de euros".

- La distribución no debe ser parte de un plan para obtener una ventaja fiscal.

La distribución, para ser válida, no debe ser una distribución encubierta de dividendos a través de intereses. Además, para los residentes extranjeros, no debe existir una deducción, conforme a la legislación de su territorio, aplicable a ese pago.

Cuando la sociedad que paga es residente en un territorio calificado, la exención no se aplicará si se trata de una "empresa excluida". Una empresa excluida es la que está al margen de la aplicación del CDI existente. La Administración tributaria británica ha identificado las siguientes empresas excluidas:

Antigua	Las empresas creadas en virtud de la Leyes de Sociedades Comerciales Internacionales
Barbados	Las empresas creadas en virtud de la Leyes de Sociedades Comerciales Internacionales
Chipre	Las personas excluidas de los beneficios del tratado (véase el artículo 24A del tratado de doble imposición Reino Unido-Chipre (1974))
Jamaica	Las empresas creadas en virtud de las leyes relativas a empresas comerciales internacionales y compañías financieras internacionales
Luxemburgo	Sociedades holding creadas bajo la Ley de Luxemburgo de 31 de julio de 1929 o de la Ley de 27 de diciembre de 1937
Malasia	Las personas que ejerzan negocios en el extranjero en virtud de la Ley Labuan de negocios offshore de 1990
Malta	Las personas con derecho a los beneficios fiscales especiales en las diversas disposiciones

3.3 Deducciones por doble imposición de dividendos

Puede afirmarse que la regla general, en los países examinados, es la ausencia de deducciones por doble imposición de dividendos de fuente extranjera, aplicándose, únicamente, el sistema de exención. Así, tanto en Alemania como en Francia, si no se cumplen los requisitos para la exención, los dividendos resultan gravados plenamente, salvo que un CDI prevea algún sistema de deducción.

La situación en Italia no es idéntica, pero sí muy similar. Se aplica una deducción por doble imposición de dividendos, pero solo por el impuesto satisfecho en la parte correspondiente al 5 por ciento sujeto y no exento. No existe deducción del impuesto subyacente.

En Holanda tampoco existe, en general, una deducción unilateral del impuesto extranjero

sobre los dividendos. Sin embargo y como excepción, la deducción se aplica en las siguientes tres situaciones:

- Dividendos recibidos por sociedades residentes, procedentes de participaciones extranjeras significativas (beneficiadas del régimen de exención) en el supuesto de su redistribución.
- Dividendos derivados de inversiones de baja tributación a los que no se les aplique el régimen de exención.
- Dividendos extranjeros de países en desarrollo.

La verdadera excepción en el panorama descrito es el Reino Unido. Las sociedades residentes en dicho país, que perciben dividendos de sociedades residentes en otros Estados, tienen derecho a deducir del Impuesto de Sociedades, el impuesto extranjero retenido sobre los dividendos, así como el denominado impuesto subyacente. Todo ello, siempre que no se aplique el régimen de exención o se renuncie al mismo.

El impuesto subyacente se aplica siempre que los dividendos se paguen a una sociedad que controla, directa o indirectamente, al menos el 10 por ciento de los derechos de voto en la sociedad pagadora del dividendo.

Por otra parte, la determinación del crédito fiscal por impuestos extranjeros exige concretar el beneficio del que proceden los dividendos para ver el tipo de gravamen del Impuesto de Sociedades que ha recaído sobre tales beneficios. Así, estas rentas deben ser objeto de previa "elevación", incrementándose el dividendo en el impuesto extranjero atribuible al mismo. Los criterios a seguir son:

- Si el dividendo se reparte con cargo a los beneficios de un año determinado, son estos beneficios y el tipo de gravamen aplicado a los mismos lo que se toman en consideración.
- Si el dividendo no se reparte con cargo a un periodo concreto pero sí con cargo a unos beneficios específicos, se tiene en cuenta estos beneficios y el gravamen que recayó sobre los mismos.
- Si no se da ninguna de las circunstancias anteriores, se toman los beneficios del último periodo contable anterior al pago de impuestos y si el dividendo excede a los beneficios de este año, se toman en consideración los anteriores.

Este crédito fiscal es aplicable a cualquier número de empresas en cadena, con independencia de

su país de residencia, siempre y cuando exista una relación de voto del 10 por ciento entre el beneficiario y el pagador de dividendos en todos los eslabones de la cadena.

Se han reducido algunas de las ventajas fiscales que una serie de grupos multinacionales obtenían derivadas de la utilización de empresas "mixer", intermediarias extranjeras para mezclar diferentes corrientes de dividendos extranjeros y los impuestos extranjeros subyacentes atribuibles a cada una. El uso de este tipo de empresas "mixer" permitía mezclar los impuestos extranjeros subyacentes pagados en las fuentes de ingresos altos y hacer un promedio con los impuestos subyacentes extranjeros pagados en las fuentes de ingresos bajos, antes de ser distribuido por la empresa mezcladora como dividendos a sus accionistas del Reino Unido. Desde el 31 de marzo de 2001, el tipo de gravamen del impuesto extranjero subyacente atribuible a los dividendos pagados en el extranjero a través de filiales en el extranjero tiene un tope del 45 por ciento, y ya no es posible mezclar algunos dividendos de sociedades controladas extranjeras con otros dividendos. Si el impuesto extranjero no pudiera ser compensado en el período contable en curso, es posible compensarlo con los 3 años anteriores o en futuros periodos de forma indefinida, para ser imputados en los impuestos que gravan los dividendos del tipo permitido. El impuesto extranjero también puede ser cedido a otra empresa del mismo grupo.

3.4 Ganancias derivadas de la venta de participaciones en sociedades no residentes

La regla general que siguen todos los países examinados es la de extender la exención de los dividendos a las ganancias derivadas de la venta de la participación. Esta es la situación en Holanda y Reino Unido, donde la exención es plena y afecta a la totalidad de la plusvalía obtenida. Deben cumplirse, claro está, los requisitos generales necesarios para disfrutar del sistema de exención. En el caso del Reino Unido, se entiende que se mantiene una participación sustancial – condición para disfrutar de la exención– cuando se ostente más del 10 por ciento del capital de una sociedad durante 12 meses –24 meses en algunos casos– de manera consecutiva.

En el resto de países la exención presenta algún límite. Es lo que sucede en Alemania, donde la regla de sumar el 5 por ciento (*add-back*) también se aplica a las ganancias de capital (*sección 8b de la KStG*). Esto es, una cantidad a tanto alzado del 5 por ciento de las ganancias obtenidas por la venta de acciones de fuente extranjera se suma a la base

imponible en concepto de gastos empresariales no deducibles, por lo se trata de una exención efectiva del 95 por ciento.

En Francia, el régimen de exención es menos generoso en el caso de las ganancias que en el de los dividendos. Así, aunque las ganancias de capital no están totalmente exentas, sino que una suma a tanto alzado de 12 por ciento –5 por ciento, en el caso de los dividendos, según vimos– de las ganancias brutas del capital tributa al tipo general del impuesto de sociedades. Como resultado, las ganancias del capital están sujetas a un tipo del 4,33 por ciento del impuesto efectivo de sociedades (el 4,44 por ciento para las sociedades sujetas a recargo social o "*social surcharge*").

Por lo que se refiere a Italia, el 95 por ciento de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones y otras participaciones están exentas, siempre y cuando la participación se haya mantenido de forma continuada desde el primer día del doceavo mes anterior a la realización de la enajenación, aplicándose el criterio LIFO. Con el fin de reunir los requisitos para la exención, deben cumplirse los siguientes criterios durante los 3 últimos ejercicios impositivos anteriores al año de la enajenación:

- La sociedad participada debe ser residente en un Estado o territorio incluido en la lista blanca a efectos de la norma de transparencia fiscal internacional (CFC), a menos que se haya obtenido un acuerdo con la Administración, por el que la tenencia de las acciones de la sociedad que no figure en la lista blanca no implique localizar los ingresos en un estado o territorio que no esté en la lista blanca (el denominado test de "sujeción a impuestos").
- La sociedad participada debe realizar una actividad empresarial real, no de mera tenencia de bienes inmuebles (el denominado test de "actividad empresarial"). El test de negocio activo no es aplicable en el caso de las sociedades participadas que cotizan en bolsa de valores.
- La participación debe haber sido contabilizada como una inversión a largo plazo (activos fijos) en el primer balance del período de tenencia.

4. El gravamen de los dividendos en Estados Unidos: preferencia por el sistema de imputación

En Estados Unidos, la regla general, como es lógico, consiste en el gravamen de los dividendos. La corrección de la doble imposición, se produce a través de una doble vía. De un lado, mediante la práctica de una reducción en base –denominada, deducción por dividendos recibidos, *dividends received deduction* (en adelante, DRD)–, que

puede llegar a ser del 100 por cien y, por tanto, equivalente a una exención. Esta se aplica, como veremos, a los dividendos percibidos de compañías estadounidenses y de sociedades extranjeras, pero sólo en la medida en que estas últimas desarrollen actividades en Estados Unidos y por la parte en que el dividendo se corresponda con "beneficios estadounidenses". De otro, a través de la práctica de una deducción en cuota –denominada, crédito de impuesto extranjero, *foreign tax credit* (en adelante, FTC)-, que se aplica en caso de percibir dividendos de fuente extranjera. Por tanto, como puede comprobarse, la legislación interna norteamericana opta claramente por el sistema de imputación para eliminar la doble imposición asociada a la percepción de dividendos de fuente extranjera.

En las líneas que siguen a continuación, vamos a realizar un estudio más detallado de este sistema comparado, comenzando por una exposición del modo en que se gravan los dividendos, para continuar con un análisis de la DRD, en la medida en que se aplica a sociedades extranjeras, y finalizando con el FTC, principal objeto de nuestro estudio.

4.1 Gravamen de los dividendos

Las distribuciones realizadas por una sociedad a favor de sus accionistas son tratadas como dividendos en la medida en que se correspondan con las ganancias y beneficios actuales o acumulados (*earnings and profits*, en adelante E&P) de aquella. De esta forma, cuando existe una distribución, la Ley prevé un orden para su calificación, a saber:

- Primero, como dividendo, en la medida en que se corresponde con las E&P.
- Segundo, como distribución del capital –no gravada-, en la medida en que se corresponda con el valor fiscal de la participación.
- Finalmente, como una ganancia derivada de la venta o permuta de la participación, por la parte restante.

Veamos un ejemplo. Una sociedad con unas E&P de 70 paga un supuesto dividendo de 100 a su único socio, cuya participación tiene un valor fiscal de 20. En esta situación, 70 se considera un dividendo, 20 una distribución del capital y 10 una ganancia.

El tratamiento de los dividendos se aplica tanto si existen E&P en el año en curso en el que se hace la distribución como si existen E&P acumuladas de años anteriores. Se considera que se distribuyen primero las E&P del año en curso y luego las de

los precedentes. A partir de este momento, estas últimas se imputan a cada distribución con un criterio FIFO.

E&P es un concepto fiscal y contable, no mercantil, que mide la capacidad de las sociedades para realizar verdaderas distribuciones de dividendos. Para determinar el importe de las E&P se toma, como punto de partida, la base imponible, realizando ajustes a continuación. Dichos ajustes son, normalmente, de cuatro categorías:

- Ajustes positivos por partidas que se excluyen de los ingresos brutos para obtener la base imponible, pero que deben incrementarse a efectos de las E&P, ya que incrementan la capacidad para repartir dividendos (p.ej., intereses de bonos exentos).
- Ajustes positivos por partidas que fueron deducidas para obtener la base imponible, pero que no tienen un impacto económico a efectos de la E&P (p.ej., las reducciones del importe de los dividendos cobrados que se pueden aplicar y que luego explicaremos).
- Ajustes negativos por partidas que no son deducibles o con deducibilidad limitada a efectos de base imponible, pero económicamente relevantes a efectos de E&P (p.ej., donaciones no deducibles y el propio impuesto sobre sociedades).
- Ajustes para tomar en consideración diferencias entre el tratamiento de una partida a efectos de base imponible y de E&P (p.ej., amortización acelerada).

El tratamiento de dividendos que estamos examinando se aplica también cuando éstos se distribuyen en especie. En estos casos, el importe distribuido será igual al valor de mercado de los bienes entregados, aplicándose el orden de imputación de las reglas de E&P que ya vimos. La entidad que reparte el dividendo en especie registrará una ganancia si el valor de mercado del bien entregado supera a su valor contable. En caso contrario, se producirá una pérdida, pero se declara no deducible.

Si los dividendos se distribuyen otorgando acciones de la compañía pagadora, el reparto no resulta gravado, salvo que pueda subsumirse en algunas categorías, entre las que cabe destacar, las siguientes:

- Distribuciones en las que el socio puede elegir entre recibir acciones u otra propiedad, incluso metálico.
- Distribuciones que dan lugar a que algunos socios reciban propiedad, incluido efectivo,

mientras que otros incrementan su participación en los activos o en las E&P de la sociedad.

- Distribuciones que las que unos accionistas reciben acciones preferentes y otros acciones ordinarias.

Los accionistas que reciben el dividendo en acciones libre de impuestos, deben redistribuir el valor de sus acciones antiguas entre éstas y las nuevas recibidas, atendiendo a su valor de mercado.

Adicionalmente, existen reglas para estos casos que pretenden evitar que los sujetos pasivos conviertan un dividendo en una ganancia de capital, sometida a tipos más favorables. Así, si se perciben dividendos en acciones y la operación no resulta gravada –p.ej., una distribución proporcional de acciones preferentes–, la venta posterior de los nuevos títulos da lugar a un ingreso ordinario y no a una ganancia patrimonial.

4.2 La deducción por dividendos recibidos

4.2.1 Aplicación a dividendos recibidos de sociedades extranjeras

La DRD se puede aplicar tanto a dividendos recibidos de entidades estadounidenses como extranjeras. Ahora bien, en este último caso es necesario, como acabamos de decir, que la sociedad extranjera pagadora del dividendo desarrolle actividades en los Estados Unidos. Cumpliéndose este requisito, la DRD puede aplicarse en dos casos:

Situación 1: Si la compañía estadounidense es titular de, al menos, el 10 por ciento de la sociedad pagadora del dividendo, tanto en términos de derechos de voto como del capital, puede aplicar los mismos porcentajes de la DRD vigentes para los dividendos pagados por sociedades residentes. Ahora bien, la base sobre la que se aplican tales porcentajes es la porción del dividendo que represente la suma de los beneficios derivados de la actividad desarrollada en Estados Unidos y de los dividendos recibidos de sociedades estadounidenses en las que la sociedad extranjera participe en un 80 por ciento, tanto en términos de derechos de voto como de capital. En definitiva, los porcentajes de la DRD se aplican sobre la parte del dividendo que proceda de “beneficios estadounidenses”, ya sea vía actividad desarrollada en el país o a través de una participación significativa en una tercera sociedad estadounidense.

Hemos señalado que, en este caso, se aplican los porcentajes de la DRD vigentes para los

dividendos pagados por sociedades residentes. Son los siguientes:

- Puede deducirse el 100 por cien del dividendo –de la “porción estadounidense”, en el caso que a nosotros nos interesa– si la sociedad pagadora forma parte del mismo grupo de sociedades, lo que exige una participación del 80 por ciento, tanto en términos de derechos de voto como de capital.
- La deducción es del 80 por ciento si la sociedad que cobra el dividendo es titular de al menos el 20 por ciento de la pagadora, tanto en términos de derechos de voto como de capital.
- El 70 por ciento del dividendo puede ser deducido en los demás casos.

Situación 2. Si la compañía estadounidense es titular del 100 por cien del capital de la sociedad extranjera, puede deducir la totalidad del dividendo si la totalidad del beneficio de la participada procede de actividades desarrolladas en Estados Unidos.

La aplicación de la DRD en caso de dividendos recibidos de sociedades extranjeras está sometida al mismo requisito de período de tenencia de la participación aplicable a los dividendos distribuidos por sociedades nacionales. También se aplican las mismas restricciones y normas especiales que analizaremos a continuación.

En todo caso, hay que dejar claro que sobre la parte de dividendos correspondientes a “beneficios estadounidenses”, recibidos de sociedades extranjeras, sólo cabe la aplicación de la DRD, pero nunca del FTC que luego examinaremos.

4.2.2 Período de tenencia de la participación

La DRD no se aplica a menos que el accionista cumpla un requisito relativo al período de tenencia de la participación. Con ello se pretende evitar que la DRD sirva para realizar operaciones de lavado de dividendo, aplicándose la reducción, primero, y generándose una pérdida, después, como consecuencia de la venta de las acciones sin el dividendo “incorporado”.

Como regla general, el período de tenencia de la participación es de al menos 46 días durante un plazo de 90 días que comienza a contarse 45 días antes del día siguiente a la fecha de reparto del dividendo. Si se trata de acciones preferentes cuyo dividendo, además, se ha generado en más de 365 días, el período de tenencia es de 91 días durante un plazo de 180 días que comienza 90 días antes del siguiente a la fecha del reparto del dividendo.

4.2.3 Cartera financiada con endeudamiento

La DRD se limita, en todo o en parte, en los casos en que la participación ha sido financiada con endeudamiento. Para que se aplique esta limitación son necesarios dos requisitos. De un lado, que la participación –tanto en derecho de voto como en valor del capital- sea de, al menos, el 50 por ciento. De otro lado, que dicha participación haya sido adquirida, en todo o en parte, mediante el recurso al endeudamiento. En tal caso, la DRD se excluye en la misma proporción en que la adquisición de la participación se haya realizado con financiación ajena.

Este límite no se aplica, en ningún caso, cuando, con arreglo a los criterios que ya vimos, la DRD es del 100 por cien.

4.2.4 Dividendos extraordinarios

Las sociedades accionistas pueden ver reducido el valor fiscal de sus títulos si cobran un “dividendo extraordinario”, derivado de una participación que no ha sido mantenida durante los dos años previos al reparto del dividendo. Se trata de evitar que se genere una pérdida patrimonial, a efectos fiscales, como consecuencia de una devaluación de los títulos provocada por un dividendo “excesivo”.

Un dividendo se considera como extraordinario si supera determinado límite previsto en la Ley, que se concreta en un porcentaje sobre el valor de la participación del accionista, del 5 por ciento para acciones preferentes y del 10 por ciento para las ordinarias. Para el cómputo se tienen en cuenta los dividendos pagados dentro de un mismo plazo de 85 días. Asimismo, aquellos pagados dentro de un plazo de 365 días si, en su conjunto, exceden del 20 por ciento, del valor de la participación del accionista.

La reducción del valor de los títulos, si se dan estas condiciones, es igual al de la DRD aplicada.

Veamos un ejemplo. Una sociedad adquiere el 20 por ciento de las acciones ordinarias de otra por importe de 100 dólares y recibe un dividendo de 20 en el año de la compra. La sociedad puede aplicar una DRD del 80 por ciento, tributando por 4 dólares de dividendo. En este caso el dividendo se considera como extraordinario, ya que supera el límite del 10 por ciento ($100 \times 0,1 = 10$), lo que determina que la participación deba reducirse en 16 dólares (DRD aplicada), pasando a tener un valor fiscal, para futuras transmisiones, de 84 dólares.

4.3 La deducción del impuesto extranjero

4.3.1 Deducción directa e indirecta

Cuando se perciben dividendos de fuente

extranjera, la sociedad estadounidense puede aplicar, como ya dijimos, una verdadera deducción del impuesto satisfecho en el extranjero, denominada FTC. Además de la deducción “directa” de la retención o el impuesto que recae como consecuencia de la percepción del dividendo, también se aplica la FTC –llamada “indirecta”- del impuesto subyacente pagado por la filial, siempre que ostente una participación significativa del 10 por ciento, como veremos seguidamente. Se pretende así equiparar la inversión extranjera realizada a través de filiales con el tratamiento que corresponde a la efectuada mediante sucursales.

4.3.2 La deducción directa

Estados Unidos corrige la doble imposición aplicando una deducción denominada, como vimos, FTC. Se aplica de conformidad con la norma interna, aunque los CDIs suscritos por Estados Unidos suelen prever una deducción con los mismos límites y reglas contenidos en la Ley nacional. En la mayor parte de los casos, la deducción ajusta el gravamen al tipo efectivo estadounidense, pero no permite deducir la totalidad del impuesto extranjero. Así, la deducción no puede exceder la cifra del impuesto norteamericano que corresponde pagar por los ingresos obtenidos en el extranjero. Además, existen normas para evitar que se combinen ingresos sometidos a elevada tributación con otros gravados a tipos reducidos, lo que se denomina, sistema de “cestas”. Con arreglo al mismo, el límite se aplica separadamente, para las rentas pasivas, por un lado, y para los denominados ingresos generales. Por tanto, los dividendos, que forman parte de las rentas pasivas y que normalmente están sometidos a tipos reducidos, no sirven para incrementar el porcentaje de deducción del impuesto extranjero pagado por el resto de rentas, ya que se forman compartimentos estancos, obteniéndose dos límites que actúan por separado.

Las cantidades de impuestos extranjeros no deducidas por aplicación del límite, pueden ser aplicadas en el año precedente o en los 10 siguientes en la medida en que el límite de cada uno de dichos años lo permita.

Por otra parte, debe resaltarse la existencia de normas antiabuso, creadas ante el elevado impacto recaudatorio de la FTC y su utilización con propósito elusorio. Así, para aplicar la FTC en el caso de dividendos, que ahora nos ocupa, debe cumplirse un período mínimo de tenencia de la participación, al objeto de evitar el lavado de dividendo. Los plazos son los siguientes:

- En el caso de acciones ordinarias y de la mayor parte de las acciones preferentes, la

participación debe mantenerse durante al menos 16 días durante un plazo de 31 días que comienza 15 días antes del día siguiente a la fecha del reparto del dividendo.

- En el caso de acciones preferentes que reparten un dividendo atribuible a períodos superiores a 366 días, la participación debe mantenerse durante al menos 46 días durante un plazo de 91 días que comienza 45 días antes del día siguiente a la fecha del reparto del dividendo.

Por otra parte, existen también normas antiabuso que difieren la aplicación de la FTC en aquellos casos en que la renta –el dividendo, en nuestro caso- se imputa, con arreglo a las normas norteamericanas, a un período impositivo posterior a aquél en que se satisface el impuesto extranjero. En estas situaciones, la FTC se aplica en el ejercicio en que se incluyen las rentas –dividendos- extranjeras en la base imponible norteamericana.

Finalmente, también se aplica la doctrina de la “sustancia económica” a transacciones realizadas con el propósito principal de aplicar la FTC, pudiendo el IRS rechazar su aplicación.

4.3.3 La deducción indirecta

A. Requisitos relativos a la participación

La FTC indirecta puede ser aplicada en relación a impuestos extranjeros satisfechos por filiales extranjeras de hasta el sexto nivel. Para ello, cada filial extranjera en la cadena debe ser miembro de un grupo cualificado, lo que exige los siguientes niveles mínimos de participación por parte de la sociedad estadounidense:

- Al menos debe tener el 10 por ciento de los derechos de voto de la primera filial.
- Cada filial de la cadena debe tener una participación de al menos el 10 por ciento de los derechos de voto de la que está en el escalón inferior.
- La participación indirecta de la sociedad matriz estadounidense en cada filial –desde la segunda a la sexta- debe ser de, al menos, el 5 por ciento.

B. Requisito de “elevación”

Cuando se aplica la FTC indirecta, es necesario que la cifra del dividendo incluida en los ingresos se incremente en la suma de los impuestos pagados en el extranjero por la filial y que son atribuibles a dicho dividendo.

C. Cálculo de la deducción indirecta

La FTC indirecta permite deducir la misma proporción del impuesto pagado por la filial que representan los beneficios distribuidos por la filial sobre el total de las ganancias no distribuidas de dicha entidad.

En el cálculo de la deducción indirecta se aplican los mismos límites que en la directa, incluyendo las previsiones relativas al sistema de “cestas”.

4.4 Las rentas de capital derivadas de la venta de participaciones en sociedades extranjeras

En el caso de las rentas de capital, incluyendo las derivadas de la venta de acciones, la doble imposición también se corrige mediante la aplicación de la FTC, con los mismos límites y el requisito de tenencia de la participación.

5. Conclusiones acerca del régimen tributario de dividendos y plusvalías en Derecho comparado

Del análisis del Derecho comparado que acabamos de ofrecer podemos extraer las siguientes conclusiones, muy sintéticamente:

- La mayor parte de los países europeos aplica un régimen único para los dividendos de fuente nacional y extranjera.
- Los países europeos optan por el sistema de exención, como método prioritario para evitar la doble imposición internacional.
- Son muy escasos los países que combinan el método de exención con el de imputación, a opción del sujeto pasivo.

Se trata de una solución sólo acogida por Reino Unido y España que, en este aspecto, se muestran como los ordenamientos más generosos.

- No obstante la vigencia de los sistemas de exención, puede registrarse una tendencia hacia una “tributación mínima” por la repatriación de dividendos.

Dicha tributación mínima se articula mediante una exención parcial, del 95 por ciento del dividendo, gravándose el 5 por ciento restante en concepto de gastos no deducibles. Es el caso de Alemania, Francia e Italia. En este aspecto España se sitúa, de nuevo, entre los ordenamientos más generosos, no imponiendo ningún tipo de gravamen si se cumplen los requisitos del régimen de exención.

- Por lo que se refiere a las condiciones para aplicar el régimen de exención, el concepto de participación significativa pivota, en la mayor parte de los casos, sobre la titularidad de determinado porcentaje de participación, ya sea sobre el capital o sobre los derechos de voto.

El porcentaje más común es el 5 por ciento -Francia, Holanda, España-, aunque no faltan países con uno superior, como es el caso de Alemania, que exige un 10 por ciento. En algunos casos se acude a criterios diferentes al del porcentaje, ya sea como alternativa –es el caso de Francia, fijando un umbral de precio de adquisición de la participación o acudiendo al concepto contable de participación-, como parámetro adicional –el caso de Holanda, que exige, aunque con posibles alternativas, la finalidad de gestionar y administrar la participación- o como criterio exclusivo (el caso de Italia, donde la exención se aplica a todas las participaciones, salvo a aquéllas que puedan calificarse, contablemente, como activos mantenidos para negociar.

- Resulta usual la exigencia de ciertos requisitos en la empresa participada.

No obstante, debe afirmarse que existe una gran diversidad en cuanto a cuáles son los requisitos exigidos. Así, tanto Francia como Italia impiden la aplicación del régimen si la sociedad participada reside en determinados territorios (los calificados como no cooperativos, en el caso francés, y los presentes en la lista negra a efectos de transparencia fiscal internacional, en Italia). Igualmente, Francia excluye de la exención las participaciones en entidades de inversión o sociedades con activos inmobiliarios. Por su parte, Holanda exige un gravamen de la participada del 10 por ciento o que sus activos no sean cartera “libre”, ambos como criterios alternativos al denominado test de los motivos.

- Es prácticamente unánime la introducción de normas dirigidas a evitar el uso de instrumentos híbridos.

Así, la aplicación del sistema de exención se condiciona a que el dividendo exento no haya dado lugar a gasto deducible en el extranjero, previsión que encontramos en los ordenamientos alemán, italiano y británico.

- En relación a las ganancias derivadas de la venta de participaciones, la regla general, en Europa, es también la aplicación del régimen de exención.

Esta es la situación en Holanda y Reino Unido, donde la exención es plena y afecta a la totalidad

de la plusvalía obtenida. En el caso del Reino Unido, la exención de la plusvalía sólo se aplica si se ostenta más del 10 por ciento del capital de una sociedad durante 12 meses -24 meses en algunos casos- de manera consecutiva.

En el resto de países examinados, la exención presenta algún límite. Es lo que sucede en Alemania e Italia, donde la regla de sumar el 5 por ciento también se aplica a las ganancias de capital. En Francia, el régimen de exención es menos generoso en el caso de las ganancias que en el de los dividendos. Así, una suma a tanto alzado de 12 por ciento -5 por ciento, en el caso de los dividendos, según vimos- de las ganancias brutas del capital tributa al tipo general del impuesto de sociedades.

- En los EEUU el sistema es diferente y se basa en un régimen de imputación con deducción del impuesto subyacente.

El ordenamiento norteamericano es mucho menos atractivo que los europeos para la canalización de inversiones en el exterior. No solo por el absoluto predominio del sistema de imputación, sino porque éste es sumamente complejo, con un sistema de “cestas” que pretende evitar la mezcla de rentas activas –más gravadas- y pasivas –poco gravadas en el exterior- para un mejor aprovechamiento de la deducción.

6. La reforma del régimen español en el contexto del Derecho comparado

El Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades, como proclama su Exposición de Motivos, introduce múltiples aspectos novedosos en el tratamiento de la doble imposición. El primero de los aspectos reformados se deriva de una exigencia de Derecho comunitario. Así, el dictamen motivado emitido por la Comisión Europea en relación con la infracción 2010/4111 señala que la normativa española es discriminatoria para los dividendos de fuente extranjera, ya que se les exigen mayores requisitos que a los de origen nacional para poder acceder a algunos de los mecanismos para evitar la doble imposición. Como consecuencia de ello, el Proyecto establece un régimen común de exención para los dividendos procedentes de participaciones significativas, que se aplica con independencia de que la entidad participada sea o no residente. Al tiempo, se mantiene la opción por la aplicación del régimen de imputación, opción limitada, en este caso, a las participaciones en entidades no residentes. Se pretende derogar, por tanto, el actual art. 30 del TR-LIS, que establecía las deducciones para evitar la doble imposición económica interna y que, al admitir su aplicación al 50 por ciento para las participaciones no significativas en entidades residentes, constituye

el origen del problema de incompatibilidad con el Derecho comunitario.

En definitiva, el nuevo sistema se caracteriza, en su estructura básica, por lo siguiente:

- Extiende el régimen de exención a las participaciones significativas en entidades residentes, quedando éste como régimen común y prioritario para eliminar la doble imposición económica.
- Dicho régimen se aplica tanto a dividendos como a las rentas derivadas de la transmisión de la participación.
- Se elimina el régimen de imputación para las participaciones en entidades residentes, manteniéndose, de forma opcional, para los dividendos –no para las rentas derivadas de la transmisión de la participación– de fuente extranjera.

Nos encontramos, por tanto, ante un futuro régimen que evita la posible discriminación hoy existente y que, en su diseño general, se alinea con los más generosos de las economías occidentales, otorgando una exención completa como regla general, tanto para dividendos como para plusvalías, y manteniendo la posibilidad de optar por la aplicación de la deducción. Debe resaltarse la ausencia de una tributación mínima bajo el sistema de exención, que se aplica a la totalidad del dividendo y de la plusvalía, a diferencia de lo que, como veíamos, sucede en muchos países europeos, que la limitan al 95 por ciento.

Sentado lo anterior, es el momento de analizar las principales novedades que se pretenden introducir en el régimen de exención regulado en el art. 21 del TR-LIS, ahora común a dividendos y ganancias, ya sean de fuente interna o extranjera. Comenzando con los dividendos y centrándonos en los requisitos para la aplicación del régimen de exención, se produce una ampliación del concepto de participación significativa. Así, no se exige, en todo caso, una participación mínima del 5 por ciento, sino que se introduce un criterio alternativo adicional, en la línea de lo que prevén otros sistemas europeos: que la participación tenga un valor de adquisición superior a 20 millones de euros¹³. Estamos ante una solución similar a la existente en Francia, si bien en este último país es algo más flexible al admitir otros criterios adicionales, tales como la calificación contable de la participación o el haber sido adquirida en el marco de una oferta pública de adquisición de valores.

Por otro lado, se exige, tratándose de dividendos de fuente extranjera, que la entidad pagadora haya estado sujeta a un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento. Esta medida constituía una de las principales novedades del Anteproyecto, que se complementaba con la supresión del requisito relativo a que los beneficios repartidos procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero. El esquema propuesto era lógico, ya que el gravamen del 10 por ciento excluye, por sí solo, la aplicación abusiva del régimen de exención, especialmente a rentas pasivas sometidas a niveles muy bajos de imposición en origen. Esta misma lógica se mantiene, pero introduciendo mayor flexibilidad y, por qué no decirlo, seguridad jurídica, ya que, a diferencia de lo que sucedía en la versión inicial, el requisito se entiende cumplido cuando la entidad pagadora del dividendo sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio de doble imposición internacional que contenga una cláusula de intercambio de información.

La virtualidad del requisito del gravamen del 10 por ciento se limita ahora; por tanto, a las entidades residentes en países sin convenio. Para estos casos, será necesario que la entidad participada haya estado sujeta y no exenta a un tipo nominal del 10 por ciento, *“con independencia de la aplicación de algún tipo de exención, bonificación, reducción o deducción sobre aquellos”*. La redacción de la norma no deja de ser oscura, ya que, a diferencia de lo que sucedía en la versión del Anteproyecto, se exige que la entidad participada esté *“sujeta y no exenta”*, señalándose luego que basta con la vigencia de un tipo nominal del 10 por ciento, con independencia de aplicación *“de algún tipo de exención”*. Esto es, parece existir una contradicción, al exigir, primero, la no exención de la entidad y permitir, luego, la existencia de alguna exención. A nuestro juicio, las dos previsiones de la norma se conjugan perfectamente si se tiene en cuenta que la primera hace referencia y exige la ausencia de una exención subjetiva y completa de la entidad –que podría derivarse, por ejemplo, de unas vacaciones fiscales–, mientras que la segunda alude a cualquier otra exención objetiva, ya sea total o parcial. Por tanto, resulta irrelevante cuál sea el tipo efectivo de gravamen, siendo suficiente con la ausencia de una exención subjetiva total y la presencia de un tipo nominal del 10 por ciento.

En tercer lugar, la norma proyectada contiene una previsión de suma relevancia, dirigida a evitar el uso de instrumentos financieros híbridos, al estilo de lo que sucede en otros países europeos, como es el caso de Alemania. Así, dispone la inaplicación de la exención respecto de aquellos dividendos

13 En la versión del Anteproyecto, la cifra se elevaba hasta los 50 millones de euros.

o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora.

Finalmente, en cuanto a las rentas derivadas de la transmisión de la participación, la exención únicamente afectará a las que tengan carácter positivo, lo que implica aplicar la exención a las ganancias y permitir la deducción de las pérdidas. Eso sí, se establecen cautelas dirigidas a evitar una utilización abusiva de dichas pérdidas. De un lado, la pérdida se reduce en el importe de los dividendos recibidos, desde 2009, de la participada –cuyas acciones se venden con pérdidas-, siempre que tales dividendos no hayan minorado el valor de adquisición de la participación y hayan estado exentos (art. 21.7 del TRLIS). De otro lado, se introduce una norma dirigida a evitar la generación de pérdidas en operaciones intragrupo, de manera que, existiendo una transmisión previa de la misma participación por parte de una entidad del grupo, la pérdida derivada de una segunda transmisión se reducirá en el importe de los beneficios de la primera que se hayan beneficiado de la exención (art. 21.6 del TRLIS).

Como valoración general de la reforma, podemos afirmar que el futuro régimen español

se alinea, como hemos visto, con los existentes en los principales países europeos, conteniendo elementos que lo hacen aún más atractivo, como es la ausencia de un gravamen mínimo de los dividendos o de las rentas derivadas de la transmisión. Adicionalmente, se adelanta algunas de las medidas que se sugieren en el marco de la iniciativa BEPS –*Base Erosion and Profit Shifting*- de la OCDE, como es la introducción de una norma dirigida a evitar la utilización de instrumentos híbridos. En conclusión, por tanto, se trata de un régimen moderno, avanzado y que permitirá que España resulte un lugar atractivo para la implantación de las cabeceras de grupos multinacionales. Y todo ello, además, adoptando las cautelas necesarias para evitar conductas abusivas, no solo a través de la norma anti-híbridos ya señalada, sino también mediante la exigencia de un gravamen mínimo –aunque sea, a tipos nominales- de los beneficios origen de los dividendos, cuando éstos procedan de países sin convenio con España. Adicionalmente y aunque escapa de los límites de este trabajo, también se ha reformado el régimen de transparencia fiscal internacional, con la finalidad, declarada por la propia Exposición de Motivos de la norma, de intensificar la lucha contra el fraude. 