



Trabajo de fin de grado:

Directiva relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

Estudio comunitario y comparativo entre los ordenamientos jurídicos español y francés.

Camille Vilaseca

Director: Jorge Miquel Rodríguez

Facultad de Derecho

Cuarto curso, 2015/2016.

Fecha de entrega: 12/05/2016

INDICE:

Resumen.

Abreviaturas.

Introducción.

§1. Estudio preliminar y conceptualización de los términos.

§2. Vulneración de los principios comunitarios de no discriminación por razón de la nacionalidad y libertad de circulación de los capitales.

§3. Análisis de la Directiva 90/435: plasmación legislativa de la voluntad de los Estados miembros de eliminar la doble imposición internacional.

§4. Repercusión normativa de la Directiva 90/435 en los ordenamientos español y francés.

§5. Reforma y refundición de la Directiva Matriz-Filiales: concreción de las necesidades de claridad y actualización.

§6. Restricción del ámbito de aplicación de la Directiva Matriz-Filial: exclusión de los instrumentos financieros híbridos mediante la Directiva 2014/86.

§7. Cláusula anti abuso en materia fiscal: ordenamientos español y francés.

§8. Directiva 2015/121 y su transposición: introducción de una cláusula anti abuso mínima en materia fiscal al nivel comunitario.

Conclusión.

Bibliografía.

RESUMEN:

El presente trabajo es un estudio de la Directiva 90/435, de 23 de julio de 1990, del Consejo de las Comunidades Europeas y de sus sucesivas reformas, incluyendo el estudio de la Directiva 2015/121, de 27 de enero de 2015. Mediante dicha Directiva, también denominada Directiva Matriz-Filial, el legislador comunitario tenía por objetivo la eliminación de la doble imposición internacional que se daba en los supuestos de distribución de beneficios, de la cual forma parte la distribución de dividendos, entre sociedades matrices y sus filiales situados en diferentes Estados miembros.

A parte del estudio de dichas normas desde una perspectiva comunitaria, también se hará un análisis comparativo del impacto de dicha normativa en los ordenamientos jurídicos español y francés.

ABREVIATURAS:

BEPS: Base Erosion and Profit Shifting

CGI: Code Général des Impôts

EM: Estado(s) Miembro(s)

IS: Impuesto sobre Sociedades

LGT: Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria)

LIS: Ley de Impuesto sobre Sociedades (Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades)

LPF: Livres des procédures fiscales

LSC: Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital)

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

SE: Sociedad Anónima Europea

SCE: Sociedad Cooperativa Europea

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

INTRODUCCION:

Antes de la adopción de la Directiva 90/435, de 23 de julio de 1990, los dividendos distribuidos por una filial a su matriz situada en otro Estado miembro estaban gravados en los dos Estados miembros, es decir, cuando salían de la filial y cuando entraban en la sociedad matriz. Consecuentemente, ante la voluntad de la Unión Europea de crear un mercado único y acercarse a la armonización fiscal de las legislaciones de los EM, la adopción de la Directiva 90/435 de eliminación de la doble imposición internacional apareció como una etapa esencial para alcanzar tales objetivos¹.

Antes de entrar en el análisis de esta norma, hay que definir los conceptos generales más relevantes relacionados con la Directiva para poder tener una mejor comprensión de ésta.

Primero, la Unión Europea y la OCDE consideran que existe doble imposición internacional cuando dos o más Estados gravan un mismo elemento del ingreso o capital, para el mismo periodo y el mismo contribuyente². En nuestro caso antes de la adopción de la Directiva 90/435 existía doble imposición dado que los dividendos eran gravados en el Estado de origen, es decir el Estado del que salían los dividendos y en el Estado de residencia de la sociedad que los recibía. Aunque el sistema de convenios sobre doble imposición y los ordenamientos jurídicos internos permitían reducir muchos obstáculos fiscales, la doble imposición internacional de las distribuciones de beneficios seguía siendo una causa al nivel comunitario del fracaso de la armonización fiscal.

En un grupo de sociedades la sociedad matriz es la que ostenta el control económico, financiero, administrativo y político de las demás sociedades, en

¹ En los años noventa, la regulación de la imposición societaria al nivel comunitario era una prioridad del agenda de las Comunidades Europeas. Por lo cual se adoptaron un paquete de normas junto con la Directiva 90/435: Directiva 90/434, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros; Convenio 90/436, relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas.

² [UE definición](#). [OCDE definición](#). Sitios web oficiales.

nuestro caso de las filiales.³ El capital social es “el capital de explotación con que cuenta dicha sociedad para promover su fin social y que suele constituirse a partir de las prestaciones que se comprometen a realizar los socios para contribuir a la promoción del mismo”⁴, por lo cual la sociedad matriz actúa como socia de su filial dado que posee una parte del capital social de ésta. Los ordenamientos internos rigen el porcentaje mínimo de participación en el capital de la filial exigido para los casos de grupos de sociedades situados exclusivamente en el seno del territorio nacional, mientras que las normas comunitarias rigen las situaciones en las cuales la sociedad matriz y su filial están situadas en diferentes Estados miembros. Además, a diferencia de la sucursal, la sociedad filial y su matriz son dos personas jurídicas independientes.

Según la OCDE⁵, “la doble imposición es jurídica cuando la misma persona tributa dos veces para el mismo ingreso en más de un Estado” para el mismo periodo impositivo y “la doble imposición es económica si más de una persona tributa para el mismo elemento”. En nuestro caso existe doble imposición económica puesto que “una misma renta (o elemento patrimonial) se grava por dos tributos similares (de Estados distintos), en el mismo periodo de tiempo, pero en cabeza de sujetos distintos”⁶ dado que los dividendos están gravados en el Estado miembro de la filial y en el EM de la matriz. Esta doble imposición resulta de dos principios: el de territorialidad y el de residencia.

Sin embargo, Ramón Falcón y Tella y Elvira Pulido Guerra consideran que “todo supuesto de doble imposición es jurídico, en el sentido de que, por un lado, la doble imposición se produce, por definición, como consecuencia de la aplicación de normas jurídicas, como son las normas que regulan los impuestos; y, por otro lado, la doble imposición tiene consecuencias jurídicas, o al menos puede tenerlas.”⁷

³ Véase artículo 42 del Código de Comercio: “Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras.”

⁴ GONZALEZ VAZQUEZ, José Carlos, “Diccionario de derecho de sociedades”, Ed: Iustel, 1ª Edición, 2006, p. 286.

⁵ Véase definición de [Double taxation, economic and juridical](#).

⁶ FALCON Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, “Derecho fiscal internacional”, Ed: Marcial Pons, 2ª Edición, 2013, p. 90.

⁷ FALCON Y TELLA y PULIDO GUERRA, “Derecho fiscal internacional”, p. 91.

Un ejemplo práctico de doble imposición internacional:

“Laminados del Sur, S.A, entidad residente en territorio español, tiene el 100% de M, S.A, filial constituida en el extranjero en un país que aplica un tipo impositivo en el IS del 20%. Supongamos que M, S.A ha obtenido en el extranjero un beneficio de 50.000 euros, pagando en concepto de IS una cuota de 10.000 euros (es decir, el 20% del beneficio obtenido). Con el beneficio resultante después de pagar el impuesto, reparte un dividendo de 40.000 euros a su único socio Laminados del Sur, S.A, soportando esta última en concepto de impuesto sobre la renta de no residentes un gravamen del 20%, es decir, 8.000 euros.

- En primer lugar se da una situación de doble imposición jurídica internacional, ya que Laminados del Sur, S.A, tributa en el extranjero sobre los dividendos obtenidos y tiene que volver a tributar sobre ellos en el IS español, integrándolos a la base imponible del impuesto. [...]
- En segundo lugar, esta situación supone una situación de doble imposición económica internacional, ya que el beneficio obtenido por M, S.A, en el extranjero es gravado allí en el momento de la obtención, pero se grava también cuando se reparte en la cabeza del socio por el Estado de la residencia de éste.”⁸

Aunque se haya eliminado dicha doble imposición internacional gracias a la entrada en vigor de la Directiva Matriz-Filial y su transposición en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, el régimen de imposición societaria de los dividendos transfronterizos todavía tiene imperfecciones que derivan de los propios aprovechamientos de dicha norma. La toma en consideración de dichos abusos también ha permitido al legislador comunitario relativizar su objetivo de armonización en materia de impuestos directos, pasando a la voluntad de aproximación legislativa en los diferentes Estados Miembros.

Mediante este trabajo se realizará un análisis cronológico de la Directiva Matriz-Filial y de sus sucesivas reformas. Este análisis permitirá estudiar la evolución de

⁸ Varios autores, Director: PEREZ ROYO, Fernando, “*Curso de derecho tributario, Parte especial.*”, 2014, p. 474.

la Directiva en el propio marco comunitario pero también en los ordenamientos jurídicos español y francés.

§1. Estudio preliminar y conceptualización de los términos.

La Directiva 90/435, de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, define expresamente los siguientes conceptos: “sociedad de un Estado Miembro” instaurando una lista exhaustiva de sociedades que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva y parcialmente la expresión de “retención en origen” puesto que aporta una definición por exclusión. Se definirán estos conceptos en adelante dado que no susciten ningún debate. En cambio, el legislador comunitario no define ni el concepto de dividendo ni el de distribución de beneficios. Son unos de los conceptos más primordiales de la Directiva y es imprescindible definirlos para evitar cualquier tipo de confusión en la aplicación de ésta al nivel interno y delimitar el ámbito de aplicación de esta norma.

La expresión “dividendo” solamente se emplea en el artículo 7 de la Directiva 90/435 mientras que el concepto mayoritariamente usado es el de “distribución de beneficios”⁹. La doctrina afirma que esta última expresión tiene un ámbito de aplicación más amplio que la de “dividendo”. Tal como enunciado por Helminen, “un sentido más amplio está requerido para que la Directiva pueda cubrir todas las situaciones en las que la doble imposición económica está paliada bajo el ordenamiento interno de diferentes Estados miembros”.¹⁰ En otras palabras, el legislador comunitario eligió deliberadamente usar mayoritariamente el concepto de “distribución de beneficios” para extender el ámbito de aplicación de la Directiva puesto que la distribución de dividendos es solo una forma legal de distribuir los beneficios y alcanzar el objetivo de eliminar la doble imposición internacional en múltiples casos.

La Propuesta de Directiva del Consejo relativa a la Armonización de los Sistemas Fiscales de las Empresas y la Retención en Origen de impuestos sobre dividendos del 23 de julio 1975 contenía una definición de dividendos. El legislador

⁹ Artículos 1, 4 y 7 de la Directiva.

¹⁰ HELMINEN, Marjaana, “*International Tax Law Concept of Dividend*”, Ed: Kluwer Law International, 2010, p. 62, traducción del inglés al castellano hecha por nosotros.

comunitario prefirió el uso de la expresión “distribución de beneficios” a la de “dividendos” en la Directiva 90/435, por lo cual la definición aportada solo puede servir de guía. El artículo 2 (1) de la Propuesta definía el dividendo como la “parte del beneficio de cualquier sociedad de un Estado miembro, distintos de los destinados a su liquidación, distribuidos por ella en virtud de una decisión de sus autoridades competentes y divididos entre sus miembros en proporción a sus derechos como socio en la sociedad”.

Aunque la Directiva no defina tampoco la noción de distribución de beneficios y no se refiera a los ordenamientos jurídicos de los EM, la doctrina¹¹ ha declarado que este concepto debe ser autónomo al nivel comunitario. De otro lado, la doctrina también sostiene que aquella noción no debe ser totalmente interpretada independientemente de las normas internas, porque, como ha señalado Helminen¹², esta interpretación corresponde al objetivo de la Directiva expresado en su preámbulo que consiste en la eliminación de la imposición injusta de las distribuciones de beneficios, puesto que es más onerosa en las relaciones transfronterizas que en las relaciones domésticas.

En la legislación española y específicamente en la Ley de Sociedades de Capital¹³ y la Ley de Impuesto sobre Sociedades¹⁴ se confunden las nociones de distribución de beneficios¹⁵ y de distribución de dividendos. Según el artículo 32.2 1º LIS:

“Tendrán la consideración de dividendos o participaciones en beneficios, los derivados de los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades, con independencia de su consideración contable.”

El reparto de los resultados, o distribución de beneficios, es el proceso resuelto por la Junta General de aplicación del resultado positivo del ejercicio.

¹¹ Ver entre otros autores: ANDERSON Michael, “*Analysis, The new PSD general anti-abuse rule*” y BUNDGAARD Jakob, “*Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives – Part 1*”.

¹² *Op loc cit.*

¹³ Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁴ Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

¹⁵ Expresión únicamente usada en la antigua LSA, en la nueva se usan los términos “aplicación del resultado” y “distribución de dividendos”.

En España, el dividendo se define como la “parte de beneficios sociales que, proporcionalmente a las acciones poseídas y al capital desembolsado por las mismas, corresponde al socio.”¹⁶

El artículo 273 de la LSC dispone:

“Una vez cubiertas las atenciones previstas por la ley o los estatutos, sólo podrán repartirse dividendos con cargo al beneficio del ejercicio, o a reservas de libre disposición, si el valor del patrimonio neto no es o, a consecuencia del reparto, no resulta ser inferior al capital social.”

Consecuentemente, al equipararse las nociones de reparto de dividendos y distribución de beneficios, en el caso español únicamente entrará en el ámbito de aplicación de la Directiva la distribución de dividendos.

El *Code Général des Impôts* francés¹⁷ incluye en la categoría de beneficios distribuidos por personas jurídicas y sociedades sujetas al impuesto sobre sociedades todos los beneficios o productos que no se reservan o que no estén incorporados al capital. Esta categoría se conoce como distribuciones regulares de beneficios, de las cuales forman parte la distribución de dividendos. En ella también entran ciertas decisiones de los órganos de la sociedad tal como la reducción de capital acompañada por una atribución de valores sociales. También existe otra categoría, la de las distribuciones irregulares de beneficios. Sin embargo, el artículo 119 ter, que regula el régimen de la retención en origen prevista en la Directiva, solo se aplicará a las distribuciones regulares. Por lo cual, la noción de distribución de beneficios contenida en la norma comunitaria solo corresponde a los dividendos y ciertas transacciones en el ordenamiento francés. En otras palabras, los artículos 109 a 117 CGI, que contienen todos los conceptos de distribución de beneficios (entendido los regulares y los irregulares) al nivel interno y que se aplican a situaciones de matriz y filial situadas en Francia, tienen un ámbito de aplicación más amplio que las nociones de distribución de beneficios contempladas en la normativa comunitaria.

¹⁶ RIBO DURAN, Luis y FERNANDEZ FERNANDEZ, Joaquín, “*Diccionario de derecho empresarial*”, Ed: Bosch, 1ª Edición, 1998, p. 331.

¹⁷ Artículo 109.1 1º CGI.

§2. Vulneración de los principios comunitarios de no discriminación por razón de la nacionalidad y libertad de circulación de los capitales.

La doble imposición internacional de las distribuciones de beneficios conllevaba una vulneración de los principios comunitarios de no discriminación por razón de la nacionalidad y de libertad de circulación de los capitales. “Resulta claro que la imposición de los dividendos remitidos por sociedades españolas a sociedades no residentes podría plantear problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario importantes cuando, en la misma situación, una matriz residente pudiera haber eliminado total o parcialmente la doble imposición.”¹⁸ El propio legislador comunitario expresó este punto de vista en la exposición de motivos de la Directiva 2011/96:

“Antes de que entrara en vigor la Directiva 90/435/CEE, las disposiciones fiscales que regían las relaciones entre sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes variaban sensiblemente de un Estado miembro a otro y eran, por lo general, menos favorables que las que se aplicaban a las relaciones entre sociedades matrices y filiales de un mismo Estado miembro.”

Primero, el antiguo régimen vulneraba el principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad que viene recogido por el artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o Tratado de Lisboa¹⁹ que dispone:

“En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.

El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones.”

¹⁸ Varios autores, Dirección: CORDON EZQUERRO, “*Manual de fiscalidad internacional*”, p. 2046.

¹⁹ El TFUE fue firmado en Roma en 1957 como Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Hasta 1992 se denominaba Tratado CEE y de 1992 hasta 2009 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea; finalmente Tratado de Lisboa desde el 2009.

El Tratado no define el principio por lo cual es el propio TCE que lo conceptualizó en el asunto 13/63, *Italia c. Comisión*²⁰:

“Considerando que el tratamiento diferente de situaciones no comparables no permite deducir automáticamente que existe una discriminación;

Que una apariencia de discriminación formal puede corresponder de hecho a una falta de discriminación material;

Que la discriminación material habría consistido en tratar sea de manera diferente situaciones similares, sea de manera idéntica situaciones diferentes.”²¹

Además, la jurisprudencia comunitaria²² y la doctrina afirman que “no sólo las discriminaciones directas por razón de la nacionalidad están prohibidas, es decir aquéllas que utilizan el criterio de la nacionalidad como factor diferenciador a los efectos de una norma concreta, sino también aquéllas, que sin referirse a la nacionalidad (v.gr empleando criterios como la residencia), producen el mismo efecto (es la llamada “discriminación indirecta o encubierta”).”²³ En nuestro caso, el trato discriminatorio por razón de la nacionalidad que se daba antes de la adopción de la Directiva era indirecto dado que se gravaba más la distribución de beneficios realizada entre matrices y filiales cuyo domicilio fiscal se encontraba en diferentes EM que la distribución realizada entre entidades situadas en el mismo Estado Miembro.

La Unión Europea define su propio mercado interior como “un mercado único en el que circulan libremente los bienes, los servicios, el capital y las personas, y dentro del cual los ciudadanos europeos pueden vivir, trabajar, estudiar o hacer negocios con libertad.”²⁴ De este precepto se desprende que existe en el seno de la Unión Europea un principio típico de libertad de circulación de los capitales recogido en el artículo 63.1 TFUE y considerado como una libertad básica. La doctrina va más

²⁰ Asunto 13/63, de 17 de julio de 1963.

²¹ Fundamentos de Derecho; II 4 a).

²² Asunto 152/73, *Sotgiu*, de 12 de febrero de 1974, fundamento 11.

²³ Varios autores, Dirección: CORDON EZQUERRO, “*Manual de fiscalidad internacional*”, p. 1840.

²⁴ [Sitio Web Eur-Lex, El acceso al derecho de la Unión Europea](#)

allá de la definición general del mercado comentando que “El establecimiento de un mercado interior supone la remoción no sólo de los obstáculos a la libre circulación de tipo jurídico y técnico, sino también la armonización jurídica o de legislaciones.”²⁵

El artículo 63.1 TFUE dispone lo siguiente:

“En el marco de las disposiciones del presente capítulo, quedan prohibidas todas las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros y entre Estados miembros y terceros países.”

La definición de los movimientos de capitales fue recogida por el TJCE²⁶ en el asunto *Luisi y Carbone c. Ministerio del Tesoro*²⁷: “Los movimientos de capitales son operaciones financieras que tienen por objeto sustancial la colocación o la inversión de la cantidad de que se trata, y no la remuneración de una prestación.”

El TJUE declaró que el principio de libertad de circulación de capitales tenía un efecto directo, en otras palabras los EM no tienen que introducir medidas en su legislación para protegerlo y los ciudadanos ostentan el derecho de invocarlo ante las jurisdicciones nacionales²⁸. Sin embargo, los EM tienen la obligación incondicional de eliminar todas las restricciones a la libre circulación de capitales²⁹. El TJUE ha declarado en la Sentencia de 23 de febrero de 2006, *van Hilten-van der Heijden c. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*³⁰, que las restricciones a la libertad de movimientos de capitales “incluyen las que pueden disuadir a los no residentes de realizar inversiones en un Estado miembro o a los residentes de dicho Estado miembro de hacerlo en otros Estados.”³¹

El artículo 65 enuncia dos excepciones, señalando que los EM tendrán derecho:

²⁵ ALCAIDE FERNANDEZ y CASADO RAIGON, “Curso de derecho de la Unión Europea”, pp. 319-320.

²⁶ Tal como es el caso para la definición del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

²⁷ Asuntos acumulados 286/82 y 26/83, de 31 de enero de 1984.

²⁸ Caso C-101/05, *Skatteverket c. A*, de 18 de diciembre de 2007, párrafo 21.

²⁹ Lo impongo también la Directiva 88/361 del Consejo, de 24 de junio de 1988, para la aplicación del artículo 67 del Tratado.

³⁰ Asunto C-513/03. Véase también asunto C-222/97, de 16 de marzo de 1999, *Trummer y Mayer*.

³¹ Párrafo 44.

“a) aplicar las disposiciones pertinentes de su Derecho fiscal que distingan entre contribuyentes cuya situación difiera con respecto a su lugar de residencia o con respecto a los lugares donde esté invertido su capital;

b) adoptar las medidas necesarias para impedir las infracciones a su Derecho y normativas nacionales, en particular en materia fiscal y de supervisión prudencial de entidades financieras, establecer procedimientos de declaración de movimientos de capitales a efectos de información administrativa o estadística o tomar medidas justificadas por razones de orden público o de seguridad pública.”

“Para determinar si una medida o disposición adoptada por un Estado miembro constituye un medio de discriminación arbitraria o una restricción encubierta a la libre circulación de capitales, el TJCE viene realizando un análisis que se compone de tres fases: (i) constatación de la existencia de una situación de comparabilidad objetiva entre los sujetos que hacen ejercicio de una libertad fundamental y los sujetos que no lo hacen; (ii) comprobación de la existencia de una diferencia de trato fiscal que sitúa en peor situación al sujeto que ejerce una libertad fundamental respecto del que no la ejerce; y (iii) determinación de la inexistencia de justificación para dicha diferencia de trato fiscal.”³²

El análisis realizado por el TJUE ha sido criticado porque “podría resultar peligroso, incluso para los intereses comunitarios, hacer depender la evolución de la tributación directa de los Estados miembros del criterio de un tribunal que enjuicia las cuestiones fiscales tomando como referencia principios de carácter general y que, en ocasiones, pueden tener n difícil encaje en materia tributaria.”³³

³² MARIN BENITEZ, “Fiscalidad de los dividendos transfronterizos en la unión europea: sobre la adecuación de la normativa española al derecho comunitario”, p. 14.

³³ ALMUDI CID, “El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional”, p. 367.

§3. Análisis de la Directiva 90/435: plasmación legislativa de la voluntad de los EM de eliminar la doble imposición internacional.

Tal como se ha expuesto anteriormente uno de los objetivos de la Directiva 90/435 es el eficaz desarrollo del mercado interior y de la competitividad, impidiendo la discriminación por razón de la nacionalidad y la creación de obstáculos legislativos fiscales. Sin embargo, la Directiva de 1990 no se aplicaba a todos los grupos de sociedades formados por sociedades matrices y sus filiales. Por lo cual, la ampliación de su ámbito de aplicación fue sujeto a críticas al ser considerado por una parte de la doctrina como demasiado restringido³⁴.

De hecho, el artículo 2 prevé tres requisitos para que una sociedad sea considerada como “sociedad de un Estado miembro”.

Primero, el apartado a) remite al Anexo de la Directiva que contiene un listado para cada Estado Miembro de los tipos de sociedades que entran en su ámbito de aplicación.

En el caso de España se trata de “la sociedad anónima; la sociedad comanditaria por acciones; la sociedad de responsabilidad limitada y todas las entidades de derecho público que operen en régimen de derecho privado” (Anexo, letra e)).

La Directiva se aplicará para los siguientes tipos de sociedades francesas: “*société anonyme; société en commandite par actions*”; “*société à responsabilité limitée*, así como los establecimientos y empresas públicas de carácter industrial y comercial” (Anexo, letra f)).

Al establecer un listado propio para cada Estado Miembro, la Unión Europea quiso proteger las particularidades y la soberanía de cada Estado, evitando al mismo tiempo cualquier posible confusión o abuso por parte de las sociedades nacionales.

³⁴ Informe Ruding de 1992, redactado por un Comité de expertos tributarios independientes.

Segundo, la sociedad matriz y su filial deben tener su domicilio fiscal en un Estado miembro de la UE según el artículo 2 b). Mediante este artículo, se delimita el ámbito personal de aplicación de la Directiva. No obstante, la definición de domicilio fiscal no deriva de un concepto autónomo al nivel comunitario, es decir que se debe tomar en cuenta lo establecido en cada legislación nacional lo que puede conllevar una disparidad de definiciones. Los ordenamientos españoles y franceses no definen el domicilio fiscal de una sociedad de la misma forma.

Este concepto está tipificado en el artículo 8 de la LIS³⁵ mientras que el *Code général des impôts* francés no lo define, por lo cual el domicilio fiscal se equipara al domicilio de la sede de dirección efectiva de la sociedad según la doctrina y la jurisprudencia³⁶ francesa. En otras palabras, si una sociedad tiene su sede social en Francia, será también el lugar de su domicilio fiscal.

La Directiva añade un requisito adicional según el cual ningún convenio en materia de doble imposición, celebrado con un Estado tercero, deba considerar que el domicilio fiscal de una sociedad esté fuera de la UE.

Tercero, la letra c) del artículo 2 establece que la sociedad debe estar sujeta “sin posibilidad de opción y sin estar exenta,” al impuesto sobre sociedades en España y al *impôt sur les sociétés* en Francia. Consecuentemente, se trata de una sujeción completa de las sociedades a este impuesto, aunque cada Estado tenga su propio IS que establece diferentes tipos de gravamen, pero estas diferencias no tienen ningún efecto anti-jurídico. En efecto, el *Code Général des Impôts* francés establece que el

³⁵ “1. Se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas.
- b) Que tengan su domicilio social en territorio español.
- c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español.”

³⁶ Sentencia del *Conseil d'État, 10ème et 9ème sous-sections réunies*, 16/04/2012, n° 323592: es el lugar “en el que las personas que ejercen las funciones más elevadas toman las decisiones estratégicas que determinan la conducta de los negocios de dicha sociedad en su globalidad.” Traducción del francés al castellano.

tipo de gravamen normal para las sociedades es del 33, 1/3%³⁷, mientras que según la LIS el tipo general será el 25%³⁸.

Finalmente, en el artículo 3.1 se prevé una participación mínima, según la cual la sociedad matriz debe tener una participación de un 25% al mínimo en el capital de la filial.

Si la participación en el capital de la filial no supera este umbral, no existe normativa comunitaria sobre eliminación de la doble imposición de los dividendos. Consecuentemente, al establecer una participación mínima, se desprenden de la Directiva dos consecuencias. Primero, los legisladores nacionales pueden pactar mediante Convenios internacionales la exención de gravamen de los beneficios para sociedades que no cumplen el requisito de participación mínima. Segundo, el texto comunitario no excluye la posibilidad de los Estados miembros de prever un porcentaje de participación más restrictivo, puesto que el artículo 1.2 establece que la Directiva “no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias a fin de evitar fraudes y abusos.” La Directiva deja un margen a los Estados Miembros para que conserven su soberanía en materia de legislación tributaria.

La Directiva flexibiliza el criterio de participación puesto que el artículo 3.2 prevé expresamente que aquel criterio pueda sustituirse mediante acuerdos bilaterales pactados por Estados Miembros, “por el de posesión de derechos de votos”. Ni el legislador español ni el francés eligieron esta sustitución. Además, se establece en el mismo artículo que:

“los Estados miembros tendrán la facultad: [...] - de no aplicar la presente Directiva a aquellas de sus sociedades que no conserven, durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación que dé derecho a la calidad de sociedad matriz, ni a las sociedades en las cuales una sociedad de otro Estado miembro no conserve, durante un período ininterrumpido de por lo menos dos años, una participación semejante.”

³⁷ Artículo 219. Se ha tomado en cuenta el tipo impositivo vigente.

³⁸ Artículo 29. Se ha tomado en cuenta el tipo impositivo vigente.

Este precepto dio lugar a una abundante jurisprudencia.³⁹

Antes de analizar los mecanismos de eliminación de la doble imposición previstos, se debe delimitar el punto de origen y de llegada de las distribuciones de beneficios a que se refiere la Directiva. Forman parte de su ámbito de aplicación “las distribuciones de beneficios por sociedades de dicho Estado y procedentes de sus filiales en otros Estados” y las “efectuadas por sociedades de dicho Estado a sus sociedades filiales en otros Estados miembros” (artículo 1). Estos movimientos transfronterizos de dividendos son llamados respectivamente entrantes y salientes.

Ahora bien, existen dos mecanismos, cada uno previsto según estemos en el Estado de la sociedad matriz (artículo 4.1) o de la filial (artículo 5.1) a la hora de gravar las distribuciones de beneficios recibidos por la sociedad matriz por parte de su filial.

El Estado de la sociedad matriz tiene dos opciones en cuanto al gravamen de los beneficios entrantes, siempre que estos no sean motivados por la liquidación de la filial: primero podrá abstenerse de gravarlos; podrá también gravarlos, “autorizando al mismo tiempo a dicha sociedad a deducir la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto de la filial correspondiente a dichos beneficios” (artículo 4.1). “La directiva obliga, pues, el Estado de la residencia a eliminar la doble imposición económica permitiendo para ello la aplicación de cualquiera de los dos métodos tradicionales en la fiscalidad internacional, el método de exención o el de imputación limitada.”⁴⁰

“El método de exención opera sobre la base imponible, y consiste en que el Estado de la residencia no tiene en cuenta la renta de fuente extranjera al determinar la base imponible de su propio impuesto.”⁴¹

“El sistema de imputación, o de crédito fiscal, se caracterizan porque opera sobre la cuota, una vez practicadas las deducciones que correspondan conforme al

³⁹ Entre otras: SSTJUE: casos C-291/94, *Vitic*; C-292-94, *Vormeer*; C-283/94, *Denkavit*. En esta última sentencia, el TJUE “precisa que basta que la participación mínima se mantenga dos años para que sea aplicable el régimen de la Directiva desde el primer momento, sin necesidad de que se haya completado dicho periodo con anterioridad al reparto de los dividendos, y sin posibilidad de que los Estados obliguen a esperar hasta que se complete dicho periodo para aplicar el beneficio fiscal”.

⁴⁰ GOMEZ RAMIREZ, “*Lecciones de fiscalidad internacional*”, p. 84.

⁴¹ FALCON Y TELLA y PULIDO GUERRA, “*Derecho fiscal internacional*”, p. 92.

ordenamiento interno. [...] Imputación ordinaria: el país de la residencia acepta la deducción en la cuota del impuesto pagado en el país de la fuente, con el límite de la parte de cuota que corresponde a la renta de fuente extranjera.”⁴²

La Directiva deja al EM “la facultad de prever que los gastos que se refieren a la participación y las minusvalías derivadas de la distribución de los beneficios de la sociedad filial no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz”, siempre que los gastos derivados de la participación si están fijados al tanto alzado que este último no supere un 5% de los dividendos salientes.

En cuanto al Estado de la filial queda obligado por el artículo 5 a no efectuar una retención en origen sobre los beneficios distribuidos por la filial, es decir los dividendos salientes, siempre que se cumpla la participación mínima.

No obstante, la Directiva no define con total claridad el concepto de retención en origen, sino que solo prevé prohibiciones que son índices para delimitar aquel concepto. De hecho, la retención en origen queda expresamente prohibida en el artículo 6 para el EM de la sociedad matriz, en el caso de dividendos distribuidos por la filial. Además, el artículo 7.1 excluye del concepto de retención en origen “el pago anticipado o previo (descuento previo) del impuesto de sociedades al EM en el que esté situada la filial, efectuado en relación con la distribución de beneficios a la sociedad matriz”.

Frente a esta falta de definición, el TJUE tuvo que llenar esta laguna y lo hizo mediante la Sentencia del 4 de octubre de 2001, *Athinaiki Zythopoiia AE c/ Elliniki Dimosio*⁴³. Mediante esta sentencia, el Tribunal ha confirmado la autonomía de aquel concepto en derecho comunitario. Afirma que hay retención al origen “cuando una disposición de Derecho nacional, en caso de distribución de beneficios por una sociedad filial (sociedad anónima o equivalente) a su matriz, establece que, para el cálculo de los beneficios imponibles de la filial, debe integrarse en la base imponible el beneficio neto total de ésta, incluidos sus rendimientos sujetos a tributación especial que den lugar a la extinción de la deuda tributaria así como sus rendimientos exentos, a pesar de que los rendimientos objeto de esas dos categorías

⁴² FALCON Y TELLA y PULIDO GUERRA, “Derecho fiscal internacional”, p. 95.

⁴³ Asunto C-294/99.

no tributarían, basándose en la legislación nacional, si permanecieran en la sociedad filial y no fueran distribuidos a la matriz.”⁴⁴ El Tribunal reconoció en esta sentencia que existía retención en origen cuando la sociedad que distribuye los dividendos queda obligada a pagar un impuesto.

§4. Repercusión normativa de la Directiva 90/435 en los ordenamientos español y francés.

En el ordenamiento español, la transposición de la Directiva 90/435 se hizo mediante la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas. El artículo 17 del Título II prevé en su primer apartado que:

“El presente Título tiene por objeto regular la tributación de las distribuciones de beneficios recibidas por sociedades residentes en España de sus sociedades filiales residentes en otros Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, así como de las distribuciones de beneficios efectuadas por sociedades residentes en España a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Comunidad Económica Europea.”

El artículo 17 también recoge los requisitos exigidos por la Directiva para que ésta se aplicase.

Los siguientes artículos recogen las disposiciones de la Directiva 90/435 y se refieren a la tributación de la sociedad matriz y retención (artículo 18); a la depreciación derivada de la distribución de beneficios (artículo 19); a la tributación de la sociedad filial (artículo 20) y los convenios para evitar la doble imposición internacional (artículo 21).

El artículo 22 es muy novedoso dado que previa que:

“Las rentas obtenidas en territorio español a través de establecimientos permanente, por entidades que tengan su residencia fiscal en otro Estado miembro de la Comunidad

⁴⁴ Apartado 33 de la Sentencia.

Económica Europea, no se someterán a tributación alguna, por causa de su transferencia al extranjero.”

Este precepto es novedoso puesto que la eliminación de la doble imposición para los establecimientos permanentes solo fue introducida más tarde en la Directiva 2003/123.

En la legislación francesa, la Directiva se transpuso a través del artículo 119 ter del *Code Général des Impôts*⁴⁵ aplicable a los supuestos de distribución de beneficios entre una matriz y su filial.

El primer apartado del artículo dispone:

“La retención en origen prevista en el apartado 2 del artículo 119 bis no se aplica a los dividendos distribuidos a una persona jurídica que no cumple los requisitos enunciados en el apartado 2 del presente artículo por “*une société anonyme, une société en commandite par actions ou une société à responsabilité limitée*”⁴⁶ que es sujeta incondicionalmente al impuesto sobre sociedades”⁴⁷.

Consecuentemente, el segundo apartado recoge todos los requisitos exigidos en la Directiva 90/435, adecuándolos con la legislación interna. Recoge las condiciones de domicilio fiscal, de participación mínima de la matriz en el capital social de la filial durante un periodo ininterrumpido de dos años, de sujeción sin posibilidad de opción y sin exención al impuesto sobre sociedades y que la sociedad debe revistar una de las formas enumeradas en el Anexo de la Directiva.

El tercer apartado establece una cláusula anti abuso específica para los supuestos de distribución de beneficios entre una matriz y su filial⁴⁸. Dispone:

“Las disposiciones del apartado 1 no se aplican cuando los dividendos distribuidos benefician a una persona jurídica controlada directa o indirectamente por uno o varios

⁴⁵ Introducido por el artículo 24 de la ley 91-1323 de 30 de diciembre de 1991, de finanzas rectificativas para el 1991. Se cita el artículo en su versión original y no la vigente.

⁴⁶ He elegido conservar la versión francesa para los tipos de sociedades dado que la propia Directiva enuncia en el Anexo 1 los tipos de sociedades en la lengua original del EM.

⁴⁷ Traducción del francés al castellano, hecha por nosotros.

⁴⁸ También existe una cláusula anti abuso general en materia tributaria que se estudia en el párrafo 7 del presente trabajo.

residentes de Estados que no son miembros de la Comunidad, salvo si esta persona jurídica justifica que la cadena de participaciones no tiene por objeto principal o como uno de sus objetos principales de aprovechar de las disposiciones del apartado 1.”⁴⁹

Finalmente, el cuarto apartado prevé que “Un decreto especifica las reglas que sean necesarias para la aplicación de estas disposiciones.”

El análisis de la transposición de la Directiva en los dos ordenamientos permite concluir que el impacto de la Directiva fue más importante en España dado que se introdujeron ocho nuevos artículos mientras que en Francia solo se introdujo un artículo nuevo. Esto también puede significar que la transposición al nivel español fue más completa, de hecho por ejemplo el artículo 119 ter CGI no señala, tal como lo impone la Directiva, que los beneficios deben distribuirse por motivos distintos de la liquidación de la sociedad. Tampoco puede concluirse que la transposición de la Directiva fue incompleta en Francia dado que se recogen todos los requisitos exigidos por la Directiva y que se prevé que reglamentariamente se especificarán las condiciones de aplicación. Las dos normativas introducidas son novedosas dado que en España se prevé la eliminación de la doble imposición también para los establecimientos permanentes y que en Francia se establece una cláusula anti abuso específica para los supuestos de distribución de beneficios entre una matriz y su filial⁵⁰.

§5. Reforma y refundición de la Directiva Matriz-Filiales: concreción de las necesidades de claridad y actualización.

“El 22 de diciembre de 2003, el Consejo adoptó la Directiva 2003/123 para ampliar el ámbito y mejorar la operación de la Directiva de 1990. El principal motivo de actualización de la Directiva Matriz-Filial era el hecho que el sistema de tributación de las empresas en la Unión Europea había fallado a mantener los desarrollos tal

⁴⁹ Traducción del francés al castellano, hecha por nosotros.

⁵⁰ Dicha cláusula solo se adoptará al nivel comunitario mediante la Directiva 2015/121.

como la globalización y la integración económica en el Mercado Interior. Un nuevo enfoque era necesario. La Comisión Europea en su estrategia identificó varios obstáculos fiscales a la actividad económica transfronteriza en el Mercado Interior en el que la acción de la Comisión era necesaria. Las empresas –como establecido en las conclusiones de la Comisión- deberían estar autorizadas a largo plazo a hacer una base imponible consolidada para sus amplias actividades en la Unión con el objetivo de evitar las costosas ineficiencias de los ordenamientos jurídicos en materia fiscal de cada Estado Miembro.”⁵¹

Primero, la Directiva tenía por finalidad expandir el ámbito de aplicación de la Directiva 90/435. Por lo cual, según consta en la exposición de motivos:

“A fin de ampliar el alcance de las ventajas de la Directiva 90/435/CEE, el umbral de participación necesario para que una sociedad sea considerada sociedad matriz y la otra su sociedad filial debe rebajarse gradualmente del 25 al 10 %.”⁵²

Además, tal como enunciado en la exposición de motivos de la Directiva 2003/123, “La Directiva 90/435/CEE define qué sociedades entran en el ámbito de aplicación de ésta. Aneja a la misma figura una lista de sociedades a las que les es aplicable. Ciertas formas de sociedades no figuran en esa lista, aun cuando se consideren residentes a efectos fiscales en un Estado miembro y estén sujetas en él al impuesto de sociedades. Por ello, debe ampliarse el ámbito de aplicación de la mencionada Directiva 90/435/CEE, de modo que englobe otras entidades que puedan desarrollar actividades transfronterizas en la Comunidad y cumplan todas las condiciones establecidas en esa Directiva.”

A fin de cumplir tal objetivo, la Directiva 2003/123 actualizó la lista de sociedades incluidas en su ámbito de aplicación e introdujo las nociones de establecimiento permanente, de Sociedad Europea Anónima y de Sociedad Cooperativa Europea.

El estudio del concepto de establecimiento permanente es relevante puesto que esta noción es “una pieza esencial del sistema tributario a la hora de establecer la forma

⁵¹ TRINXET LLORCA, “*European Union direct taxes*”, p. 35. Traducción del inglés al castellano.

⁵² La Directiva prevé una participación mínima del 20%. A partir del 1 de enero de 2007, el porcentaje mínimo de participación será del 15 %. A partir del 1 de enero de 2009, el porcentaje mínimo de participación será del 10 %

de reparto de la potestad tributaria entre los Estados sobre las rentas empresariales.”⁵³

En el artículo 5 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio⁵⁴ de la OCDE se dispone que:

“1. [...] la expresión “establecimiento permanente” significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad.

2. La expresión “establecimiento permanente” comprende, en especial: a) las sedes de dirección; b) las sucursales; c) las oficinas; d) las fábricas; e) los talleres; y f) las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales.”

Este apartado segundo es una lista numerus apertus.

De esta definición se desprende que un establecimiento permanente “ha de tratarse de “un lugar de negocios”, lo que exige un local, un puesto en un mercado, instalaciones tales como maquinaria o equipo, etc. [...]

El lugar ha de ser fijo en el espacio, es decir ha de tratarse, en principio, de un punto geográfico determinado. [...]

El lugar ha de ser fijo o estable en el tiempo, lo que supone un cierto grado de permanencia. [...]

El lugar ha de utilizarse para llegar a cabo todas o parte de las actividades de la empresa de una manera regular (aunque haya interrupciones), lo que normalmente supone que ese lugar se utiliza por el empresario o por el personal de la empresa.”⁵⁵

La propia Directiva 2003/123 define el concepto de establecimiento permanente⁵⁶ añadiendo un apartado 2 al artículo 2 de la antigua Directiva, inspirándose de la definición proporcionada por la OCDE y expuesta anteriormente:

⁵³ GARCÍA-OLÍAS JIMÉNEZ, “*El concepto tributario de «establecimiento permanente»*”, p. 2.

⁵⁴ Versión abreviada 22 de julio de 2010, redactada por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE.

⁵⁵ FALCON Y TELLA y PULIDO GUERRA, “*Derecho fiscal internacional*”, pp. 75 y 76.

⁵⁶ Por lo cual este concepto es un concepto autónomo y no tiene interés referirse a las definiciones de los ordenamientos jurídicos internos.

“A efectos de la presente Directiva, por establecimiento permanente se entenderá un centro de actividades fijo, situado en un Estado miembro, a través del cual se realice una parte o la totalidad de las actividades empresariales de una sociedad de otro Estado miembro, en la medida en que los beneficios del centro de actividades estén sujetos a imposición en el Estado miembro en el que está situado en virtud de un tratado bilateral en materia fiscal o, en su defecto, en virtud de la legislación nacional.”

La Directiva extiende su ámbito de aplicación a todas las relaciones triangulares entre una sociedad matriz, sus filiales y sus establecimientos permanentes. Dispone que cada EM aplicará dicha Directiva:

“— a las distribuciones de beneficios percibidas por establecimientos permanentes, situados en ese Estado y pertenecientes a sociedades de otros Estados miembros, y que procedan de sus filiales en algún Estado miembro distinto de aquél en el que está situado el establecimiento permanente,

— a las distribuciones de beneficios por parte de empresas de dicho Estado a establecimientos permanentes situados en otro Estado miembro, y pertenecientes a sociedades del mismo Estado miembro de las que son matrices.”

La Directiva también introduce dos nuevos conceptos. El de SE que viene regulada en el Reglamento 2157/2001⁵⁷ y se define como “forma de empresa sometida al Derecho comunitario directamente aplicable en el conjunto de la Comunidad, pero integrada en una cierta medida en el Derecho interno del Estado miembro donde establezca su domicilio.”⁵⁸ En cuanto a la SCE, está prevista por el Reglamento 1435/2003⁵⁹ y es una sociedad “con objeto y fin sociales específicos de carácter mutualista, conforme al modelo de mutualidad pura (o respecto del principio de exclusividad), aunque de posible derogación estatutaria.”⁶⁰, y “es una entidad con una estructura corporativa, informada en gran medida por los principios cooperativos, señas de identidad de las cooperativas.”⁶¹

⁵⁷ Reglamento (CE) 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).

⁵⁸ ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Diccionario de derecho de sociedades”, p. 1064.

⁵⁹ Reglamento (CE) 1435/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo al estatuto de la sociedad cooperativa europea.

⁶⁰ MARTINEZ SEGOVIA, Francisco José, “Diccionario de derecho de sociedades”, p. 1114.

⁶¹ MARTINEZ SEGOVIA, Francisco José, “Diccionario de derecho de sociedades”, p. 1114.

Ambas sociedades pueden “operar en el mercado interior con una identidad jurídica, una estructura y reglas únicas. [...] podrán expandir y reestructurar sus operaciones transfronterizas sin el costoso y lento ejercicio de creación de una red de filiales.”⁶²

En cuanto a la justificación de la introducción de la Sociedad Anónima Europea y de la Sociedad Cooperativa Europea en el ámbito de aplicación de la Directiva, la misma dispone que:

“Dado que la SE es una sociedad anónima y la SCE es una sociedad cooperativa, ambas de naturaleza similar a la de otras formas de sociedades ya incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 90/435/CEE, la SE y la SCE deben añadirse a la lista que figura en el anexo de esta última Directiva.” (Exposición de motivos número 5).

El segundo objetivo de la Directiva 2003/123 era la mejora de la aplicación de los mecanismos de eliminación de la doble imposición internacional, por lo cual:

“Cuando los grupos de sociedades se organicen en cadenas de sociedades y los beneficios lleguen a la sociedad matriz distribuidos a través de la cadena de filiales, es preciso eliminar la doble imposición mediante exención o crédito fiscal. En el caso del crédito fiscal, la sociedad matriz debe poder deducir todo impuesto abonado por cualquiera de las filiales de la cadena, con supeditación al cumplimiento de las condiciones establecidas en la Directiva 90/435/CEE.” (Exposición de motivos número 10).

Este objetivo se refleja en la modificación del mecanismo de tributación por imputación ordinaria de los beneficios distribuidos por la cadena de filiales, previsto anteriormente en el artículo 4.1 segundo inciso de la Directiva 90/435:

“- o bien los gravarán, autorizando al mismo tiempo a la sociedad matriz y a su establecimiento permanente a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel, sujeto a la condición de que cada una de las filiales y la filial de ulterior nivel siguiente

⁶² TRINXET LLORCA, “*European Union direct taxes*”, p. 66. Traducción del inglés al castellano, hecha por nosotros.

cumplan los requisitos previstos en los artículos 2 y 3, hasta la cuantía máxima del impuesto adeudado.” (Artículo 1, 4, a) de la Directiva 2003/123).

En el año 2011, se adoptó la Directiva 2011/96⁶³ que es una refundición de las sucesivas reformas⁶⁴ de la Directiva 90/435. En la exposición de motivos de la refundición se dispone que la antigua directiva “ha sido sustancialmente modificada en diversas ocasiones. Habida cuenta de que es necesario efectuar nuevas modificaciones, conviene, en aras de una mayor claridad, proceder a la refundición de dicha Directiva.”

Aunque esta Directiva cambie la redacción de ciertos artículos, no se modifica sustancialmente las aportaciones de la Directiva 2003/123.

§6. Restricción del ámbito de aplicación de la Directiva Matriz-Filial: exclusión de los instrumentos financieros híbridos mediante la Directiva 2014/86.

En su Propuesta de modificación de la Directiva 2011/96⁶⁵, la Comisión Europea, inspirándose del trabajo de la OCDE sobre la erosión de las bases y la transferencia de beneficios (BEPS), propone una modificación de la Directiva 2011/96 con el objetivo de prohibir el uso de instrumentos financieros híbridos que tienen por efecto una doble no imposición. Se fundamenta también en el Plan de acción para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y la evasión fiscal, de 6 de diciembre de 2012⁶⁶. Declara que “Una serie de debates exhaustivos con los Estados miembros ha puesto de relieve que, en un caso específico, sin una modificación legislativa de la Directiva sobre sociedades matrices y filiales no puede lograrse una solución consensuada. El objetivo será garantizar que la aplicación de la Directiva no impida involuntariamente llevar a cabo una acción eficaz contra la doble no imposición en

⁶³ Directiva 2011/96 del Consejo, de 30 de noviembre de 2011

⁶⁴ No se ha mencionado la Directiva 2006/98 dado que solo es una adaptación derivada de la adhesión de Bulgaria y Rumania a la UE.

⁶⁵ Propuesta de 25 de noviembre de 2012, COM (2013) 814 final.

⁶⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo y al Consejo, COM (2012) 722 final.

el ámbito de las estructuras de préstamos híbridos.” La Propuesta de modificación de la Directiva 2011/96 apoya este plan de acción declarando que la acción aislada de cada EM en respuesta al uso de los instrumentos financieros híbridos no permitiría la resolución eficaz del problema, puesto que éste resulta de la interacción de los diferentes sistemas tributarios nacionales. Según el Consejo estos instrumentos permiten a los grupos de sociedades de acudir a estrategias de planificación fiscal transfronteriza que generan distorsiones de los flujos de capitales y de la concurrencia en el mercado interior.

En cuanto a la definición de los instrumentos financieros híbridos, la normativa comunitaria se inspira de la definición contenida en los trabajos de la OCDE⁶⁷, según la cual estos instrumentos presentan a la vez las características de los instrumentos financieros de deuda y de los instrumentos financieros del capital o patrimonio⁶⁸.

Un instrumento de deuda es según la OCDE “Una promesa escrita de pagar una deuda, como una factura, un bono, una aceptación bancaria, un pagaré, o un certificado de depósito.”⁶⁹

Un instrumento de patrimonio es “cualquier negocio jurídico que evidencia, o refleja, una participación residual en los activos de la empresa que los emite una vez deducidos todos sus pasivos.”⁷⁰

La Directiva 2014/86, de 8 de julio de 2014, que modifica la Directiva 2011/96 tiene por objetivo la prohibición de un instrumento financiero híbrido en particular: los préstamos híbridos. En esta categoría entran los préstamos participativos y las acciones con derecho a dividendo privilegiado.

⁶⁷ Informe final de la OCDE, “*Hybrid Mismatch Arrangements. Tax policy and compliance issues*”, de marzo de 2012. Traducción del inglés al castellano, hecha por nosotros.

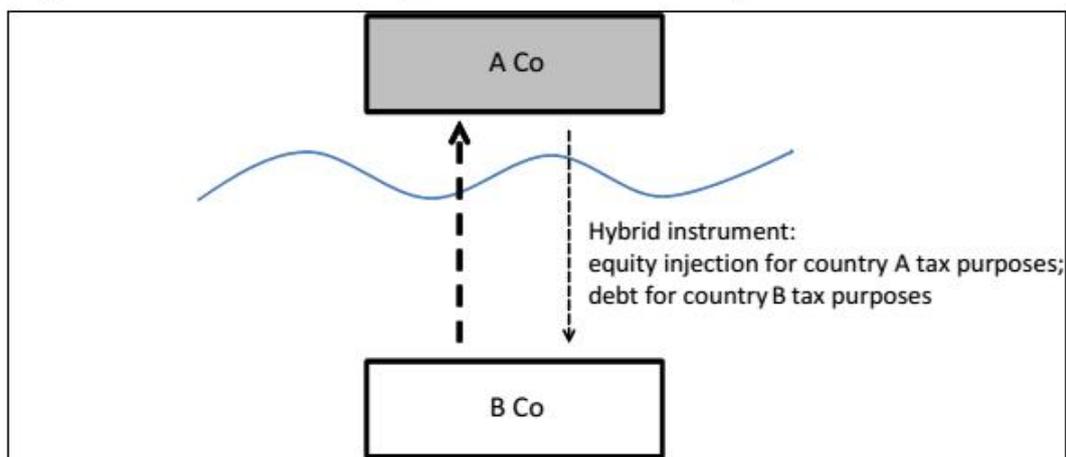
⁶⁸ En inglés, “debt and equity instruments”.

⁶⁹ [Definición de "Debt Instrument", OCDE](#). Traducción del inglés al castellano, hecha por nosotras.

⁷⁰ Plan Contable, RD 1514/2007, Segunda Parte, 9º, 4. Instrumentos de patrimonio propio.

Para la redacción del informe final de Estudios sobre las estructuras de planificación fiscal agresiva e indicadores de 2015⁷¹ la Comisión Europea ha convocado un grupo de expertos independientes⁷². Destacaron que tal como los instrumentos financieros de préstamo híbrido ostentan a la vez las características de los préstamos (instrumento financiero de deuda) y de los fondos propios (instrumento financiero de patrimonio), los EM pueden realizar un tratamiento fiscal diferente de estos instrumentos en sus ordenamientos jurídicos. De hecho, los pagos realizados a título de un préstamo híbrido transfronterizo pueden considerarse como un gasto fiscalmente deducible en un EM y como una distribución de beneficios en otro EM que será exenta de tributación por entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/96. Esta situación genera un supuesto de doble no imposición de los dividendos por razón de la yuxtaposición de ordenamientos jurídicos internos diferentes.

Figure 2. "Deduction / no inclusion" with hybrid instrument



73

⁷¹ Working Paper n° 61 – 2015, “*Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators*”, Final Report, 2.2.2 Structure 2 - Hybrid loan ATP structure, pp. 29-34. Traducción del inglés al castellano, hecha por nosotros.

⁷² Ramboll Management Consulting and Corit Advisory.

⁷³ Hemos tomado el esquema de: “*Hybrid Mismatch Arrangements TAX POLICY AND COMPLIANCE ISSUES*”, OCDE, March 2012, Chapter 1: Hybrid Mismatch Arrangements, C. Examples.

En la Propuesta de modificación de la Directiva 2011/96⁷⁴, la Comisión Europea proponía dos opciones estratégicas. Primero, “las distribuciones de beneficios deducibles en el EM de origen serían excluidos del ámbito de la Directiva”⁷⁵. Segundo, “la exención fiscal prevista por la Directiva sería denegada para las distribuciones de beneficios que son deducibles en el EM de origen por lo cual el EM de la sociedad beneficiaria (sociedad matriz o su establecimiento permanente) gravaría la parte de la distribución de beneficios que es deducible en el EM en el que está establecida la filial que efectúa el pago”⁷⁶.

Finalmente, en la Directiva 2014/86 se eligió la segunda opción por lo cual el artículo 4 queda redactado de la siguiente forma⁷⁷:

“1. Cuando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de esta reciban, por la participación de aquella en una sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro del establecimiento permanente:

a) o bien se abstendrán de gravar dichos beneficios *en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial.*

b) [...]”

En cuanto al tratamiento de los préstamos híbridos en la legislación española, el concepto general de instrumentos financieros híbridos viene definido desde un punto de vista contable por el Plan Contable y son “aquéllos que combinan un contrato principal no derivado y un derivado financiero, denominando derivado implícito, que no puede ser transferido de manera independiente y cuyo efecto es que algunos flujos de efectivo del instrumento híbrido varían de forma similar a los flujos de efectivo del derivado considerado de forma independiente.”

⁷⁴ Bruselas, 25 de noviembre de 2012, COM (2013) 814 Final.

⁷⁵ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Resumen del análisis de impacto que acompaña la Propuesta de modificación de la Directiva 2011/96. SWD(2013) 473 final, 25 de noviembre del 2013. Documento redactado en francés, traducción al castellano hecha por nosotros.

⁷⁶ *Op loc cit.*

⁷⁷ Se modifica el artículo 4, apartado 1, letra a) a partir de “en la medida en que dichos beneficios [...]”.

La regulación fiscal de los instrumentos de préstamo híbrido viene establecida por el artículo 15 de la LIS en sus apartados a) y j). Está previsto que no serán gastos fiscalmente deducibles:

“a) Los que representen una retribución de los fondos propios.

[...]

Asimismo, tendrán la consideración de retribución de fondos propios la correspondiente a los préstamos participativos otorgados por entidades que formen parte del mismo grupo de sociedades según los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.”

[...]

“j) Los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo de gravamen nominal inferior al 10 por ciento”.

En la legislación francesa, los instrumentos financieros híbridos no están directamente conceptualizados pero existe un precepto del CGI que los prohíbe. El artículo 145, 6 b), introducido por la ley de finanzas para 2014, dispone que:

“El régimen fiscal de las sociedades matrices no es aplicable:

[...]

b) A los productos de los títulos de una sociedad, en la proporción en la cual los beneficios distribuidos son deducibles del resultado imponible de esta sociedad.”

Este artículo está directamente vinculado con la Directiva Matriz-Filiales mientras que en la legislación española se ha optado por un precepto más general aplicable no solamente a las distribuciones de beneficios entre matriz y filiales sino a todos los tipos de sociedades aunque no formen un grupo de sociedades. Por lo cual la fórmula “el régimen fiscal de las sociedades matrices no es aplicable” del CGI se reemplaza por “No tendrán la consideración de gastos fiscalmente deducibles.” en la LIS.

§7. Cláusula anti abuso en materia fiscal: ordenamientos español y francés.

Antes de la promulgación de la Directiva 2015/121⁷⁸, la implementación de una cláusula anti abuso general en materia tributaria debía realizarse por los legisladores nacionales en los ordenamientos internos. En la discusión de 19 de diciembre de 2014⁷⁹ organizada por la Comisión durante la Plataforma para la buena gobernanza tributaria⁸⁰, se destacó que veinticuatro EM ya tenían una cláusula anti abuso general en materia fiscal en su ordenamiento jurídico. Entre ellos, quince, incluido Francia y España, aplicaban esta cláusula, y siguen haciéndolo, a todos los tipos de gravámenes. Además, en la decisión *Athinaiki Zythopoiia*⁸¹, el TJUE declaró que el ámbito de aplicación de la Directiva Matriz-Filiales no debía limitarse a tributos específicos y que la clasificación de los gravámenes era un concepto autónomo.

A pesar de eso, varios EM eran reticentes a la idea de implementar al nivel comunitario una regla general anti abuso en materia fiscal como observado en la discusión de 2014 organizada por la Comisión Europea⁸², “muchos EM adoptan una postura bastante prudente en cuanto a la intención de aprobar una cláusula general anti-abuso o de reformar sus actuales cláusulas anti-abuso usando el modelo proporcionado por la Comisión.”⁸³. Estos países temían que la adopción de una nueva Directiva le prohibiera aplicar las reglas anti fraude más estrictas de sus ordenamientos jurídicos. Inicialmente, la introducción de esta cláusula general común fue sugerida en la Propuesta de modificación de la Directiva 2011/96⁸⁴ en 2013, junto con la proposición de eliminación de los instrumentos financieros híbridos. Finalmente, la cláusula fue introducida un año después de la Directiva 2014/86, mediante la Directiva 2015/121, de 27 de enero de 2015.

⁷⁸ De 27 de enero de 2015, última modificación de la Directiva 2011/96.

⁷⁹ Bruselas, octubre 2014, Taxud/D1, “*Discussion paper on General Anti-Abuse Rules*”. Documento en inglés, traducción al castellano hecha por nosotros.

⁸⁰ En inglés “Platform for tax good governance”, Platform/12/2014/EN.

⁸¹ TJUE, Asunto C-294/99, *Athinaiki Zythopoiia AE c. Elliniko Dimosio*, de 4 de octubre de 2001.

⁸² Bruselas, octubre 2014, Taxud/D1, “*Discussion paper on General Anti-Abuse Rules*”. Documento en inglés, traducción al castellano hecha por nosotros.

⁸³ Traducción del inglés al castellano hecha por nosotros.

⁸⁴ Bruselas, 25 de noviembre de 2012, COM (2013) 814 Final.

Centrándose en las cláusulas anti abuso españolas y francés preexistentes a la Directiva del 2015, Francia ya había adoptado una desde más de treinta años⁸⁵ y lo ha revisado recientemente mientras que España la introdujo en su legislación en el año 1963, hace más de cincuenta años.

En la legislación española, no se hace referencia a una cláusula anti-abuso sino al fraude de ley y más precisamente en materia de derecho tributario no se hace referencia al término fraude de ley, que es general, sino a una categoría independiente: el conflicto en la aplicación de la norma tributaria. Está previsto en el artículo 15 LGT y es una “figura a través de la cual se consigue un resultado – pagar menos tributos- distinto al que sería normal, de haber actuado conforme a las normas que son propias del negocio jurídico realizado”.⁸⁶ Establece que:

“1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.
- b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.”

En Francia existen dos tipos de cláusulas anti abuso⁸⁷ en materia tributaria: una general, prevista en el artículo L64 de los Libros de procedimientos fiscales⁸⁸ y otra propia a la operación de distribución de beneficios entre una matriz y su filial, establecida en el artículo 119 ter párrafo 3 CGI⁸⁹. Como enunciado por Maurice Cozian, “El abuso de derecho es un pecado no contra la letra sino contra la esencia

⁸⁵ Se introdujo por primera vez en 1982.

⁸⁶ MARTIN QUERALT; LOZANO SERRANO y POVEDA BLANCO, “*Derecho tributario*”, p. 115.

⁸⁷ Francia fue el primer país a introducir la teoría del abuso de derecho o fraude de ley.

⁸⁸ En francés: *Livres des procédures fiscales*. Este artículo no fue modificado tras la entrada en vigor de la Directiva 2015/121.

⁸⁹ Se hace referencia al antiguo artículo 119 ter y no al modificado y entrado en vigor el 1 de enero de 2016 a consecuencia de la Directiva 2015/121.

de la ley. También es un pecado de jurista; el abuso de derecho es una manipulación de los mecanismos jurídicos donde la ley deja acceso a varias vías para obtener un mismo resultado; el abuso de derecho, es el abuso de las opciones jurídicas.”⁹⁰ La definición del abuso de derecho en materia fiscal corresponde a la definición de fraude de ley en el ordenamiento español.

El artículo L64 LPF dispone lo siguiente:

“Con el objetivo de restituir su verdadero carácter, la administración ostenta el derecho de descartar, siéndole como no oponibles, los actos constitutivos de un abuso de derecho, que estos actos tengan un carácter ficto, o que, buscando el beneficio de una aplicación literal de los textos o decisiones en contra de los objetivos perseguidos por sus autores, no han podido ser inspirados por ningún otro motivo que el de eludir o atenuar las cargas fiscales del interesado, si estos actos no hubieran sido pasados o realizados y hubieran normalmente soportado respecto a su situación o sus actividades reales.”

Esta definición cubre a la vez los casos de ficticia legal y de fraude de la ley tributaria.

La cláusula del apartado 3 artículo 119 ter CGI⁹¹, adoptada por primera vez el 31 de diciembre del 1991 y sus sucesivas reformas excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva Matriz-Filial los beneficios distribuidos a una sociedad matriz por su filial cuando ésta es controlada, directa o indirectamente, por una o varias sociedades residentes en Estados no miembros de la Unión Europea.

Se considera que una persona jurídica posee el control directo de una sociedad si ostenta directamente de la mayoría de los derechos de votos. Una persona jurídica posee el control indirecto cuando otras sociedades, de las cuales tiene el control directo, posean directamente una sociedad.

Por esta dualidad de reglas, el caso francés es muy interesante. De hecho, la regla general es bastante parecida a la prevista en la legislación española, pero la regla específica, introducida en 1991 tras la entrada en vigor de la Directiva 90/435 es

⁹⁰ En francés en el texto, traducción al castellano hecha por nosotros. COZIAN, « *Les grands principes de la fiscalité des entreprises* », p. 20.

⁹¹ Fue enunciada en el párrafo 4 del presente trabajo pero es relevante estudiar con más profundidad los preceptos previstos en dicha cláusula.

muy avanzada en materia de lucha contra el fraude fiscal para la época, dado que se parece fundamentalmente al mecanismo previsto por la Directiva 2015/121 que estudiaremos a continuación.

Finalmente, es interesante destacar que España y Francia son los únicos dos EM que crearon una comisión consultiva⁹² que desempeña un papel de órgano de control. En Francia dicha comisión se denomina *Le comité contre l'abus de droit fiscal*⁹³, previsto en el artículo L64 del CGI, y en España La comisión consultativa, establecida en los artículos 15.2 y 159 de la Ley General Tributaria, que desempeñan fundamentalmente el mismo papel de control y de forma similar, con ciertos matices.

En España, “Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.”⁹⁴

El artículo 159 LGT establece las reglas correspondientes al informe preceptivo para la declaración del conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

En la legislación francesa, el segundo inciso del artículo L.64 dispone que:

“En caso de desacuerdo sobre las rectificaciones notificadas en base al presente artículo, el litigio está sometido, a la demanda del contribuyente, al aviso del comité contra el abuso de derecho fiscal. La administración igualmente puede someter el litigio al aviso del comité.”

El tercero y cuarto incisos prevén:

“Si la Administración no se ha conformado con el dictamen del Comité, deberá aportar la prueba de la validez de su rectificación.”; “Los dictámenes del Comité dan lugar a un informe anual que deberá ser público.”

⁹² Discussion paper on General Anti-Abuse Rules (GAAR), 19 de diciembre de 2014, 2.2
“*Differences between the Commission Recommendation and MS's GAAR.*” Traducción del inglés al castellano, hecha por nosotros.

⁹³ Traducción literal del francés al castellano hecha por nosotros: “El comité contra el abuso en derecho fiscal”.

⁹⁴ Artículo 15.2 LGT.

Al contrario del informe de la Comisión consultativa, los dictámenes del Comité en Francia no son vinculantes jurídicamente, la Administración tributaria siempre tendrá la última palabra. Además, el legislador francés ha querido incentivar la transparencia en materia tributaria.

En cuanto a la sanción prevista, el artículo 15.3 LGT dispone:

“3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.”⁹⁵

En la legislación francesa, el primer inciso del artículo L64 LPF también prevé, de manera más indirecta, que la norma defraudada deberá aplicarse, al ser inoponible a la Administración la norma fraudulenta.

§8. Directiva 2015/121 y su transposición: introducción de una cláusula anti abuso mínima en materia fiscal al nivel comunitario.

La Directiva 2015/121 “tiene por objeto garantizar la seguridad y la claridad para los contribuyentes y las administraciones fiscales e igualmente a impedir que las empresas aprovechen abusivamente de las disposiciones de la Directiva Matriz-Filial.”⁹⁶

En el mismo documento, se proponían dos opciones para la adopción de una cláusula anti abuso general. Ambas se apoyan en la recomendación de la Comisión Europea de 6 de diciembre de 2012, relativa a la planificación fiscal agresiva⁹⁷, según la cual los EM debían adoptar al nivel interno la siguiente cláusula:

⁹⁵ Texto original, publicado el 18/12/2003, en vigor a partir del 01/07/2004.

⁹⁶ Documento de trabajo de los servicios de la Comisión, Resumen del análisis de impacto que acompaña la Propuesta de modificación de la Directiva 2011/96. SWD(2013) 473 final, 25 de noviembre del 2013. Documento redactado en francés, traducción al castellano hecha por nosotros.

⁹⁷ C(2012) 8806 Final. Documento redactado en francés, traducción al castellano hecha por nosotros.

“Los arreglos artificiales o conjunto artificiales de arreglos creados esencialmente con el objetivo de evitar la imposición y llevando a una ventaja fiscal son ignorados. Las autoridades nacionales tratan estos arreglos en base a su realidad económica.”

La única diferencia entre ambas opciones era la obligatoriedad de la adopción de esta cláusula común por los EM. Finalmente, el legislador comunitario decidió imponer la adopción de ésta a los EM dado que era la única forma de proteger la Directiva Matriz-Filial de un uso abusivo.

Consecuentemente, el artículo 1 de la Directiva 2015/121 dispone lo siguiente:

“En la Directiva 2011/96/UE, el artículo 1, apartado 2, se sustituye por los apartados siguientes:

«2. Los Estados miembros no acordarán los beneficios contemplados en la presente Directiva a un arreglo o una serie de arreglos falseados, vistos todos los hechos y circunstancias pertinentes, por haberse establecido teniendo como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva.

Un arreglo podrá estar constituido por más de una fase o parte.

3. A efectos del apartado 2, un arreglo o una serie de arreglos se considerarán falseados en la medida en que no se hayan establecido por razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica.

4. La presente Directiva no será obstáculo para la aplicación de disposiciones nacionales o convencionales que sean necesarias para la prevención de la evasión fiscal, el fraude fiscal o las prácticas abusivas.»

A la lectura de la Directiva, se destacan dos requisitos para excluir un arreglo del ámbito de ésta. Primero, el arreglo debe tener “como propósito principal o uno de sus propósitos principales la obtención de una ventaja fiscal que desvirtúe el objeto o la finalidad de la presente Directiva.” Segundo, a la luz de todos los hechos y circunstancias pertinentes, el arreglo es falseado es decir que no se ha establecido “por razones válidas que reflejen la realidad económica.”

Según la Recomendación de la Comisión relativa a la planificación fiscal agresiva⁹⁸, “Para determinar si un arreglo o un conjunto de arreglos es falseado, las autoridades nacionales deberían analizar si éste encaja en uno de los siguientes supuestos:

- a) La calificación jurídica de los diferentes pasos del arreglo es incompatible con la naturaleza jurídica del arreglo estudiado en su conjunto;
- b) El arreglo o conjunto de arreglos se desarrolla de una manera que no cabría en el desempeño de una conducta razonable de los negocios;
- c) El arreglo o conjunto de arreglos contiene elementos que tienen por efecto de compensarse o anularse;
- d) Las operaciones concluidas son de naturaleza circular;
- e) El arreglo o conjunto de arreglos da lugar a una ventaja fiscal relevante, pero dicha ventaja no se refleja en los riesgos comerciales cogidos por el contribuyente, ni en los flujos de tesorería de éste;
- f) El beneficio esperado antes del impuesto no es relevante en comparación con la cantidad de la ventaja fiscal esperada.”

Del apartado 2 también se desprende que la cláusula “no se aplica solamente al arreglo en su conjunto sino también a los pasos intermediarios que constituyen tal arreglo.”⁹⁹

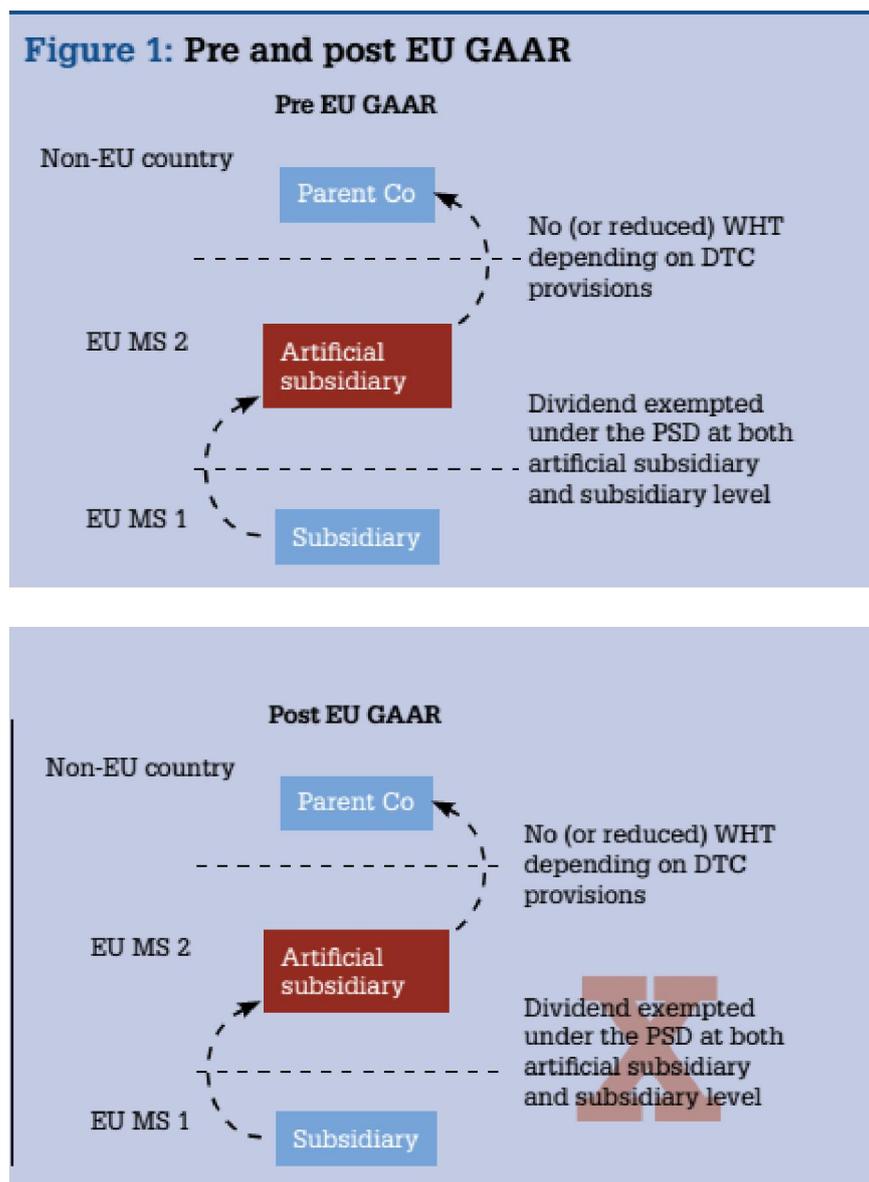
Con el apartado 4, el legislador comunitario, al adoptar una regla de mínimos, ha querido tranquilizar los EM escépticos al permitirles conservar una legislación interna más estricta en materia de lucha contra la elusión fiscal. Sin embargo, “Este aspecto de contenido mínimo de la Directiva que inspira la naturaleza de toda la norma podría originar nuevos problemas de compatibilidad de las medidas internas de los Estados miembros con Derecho de la Unión, toda vez que los estados tienden

⁹⁸ C(2012) 8806 final, de 6 de diciembre del 2012, párrafo 4.4, p. 5. Documento en francés, traducción al castellano hecha por nosotros.

⁹⁹ ANDERSON, Michael, “*Analysis, The new PSD general anti-abuse rule*”, p. 12. Traducción del inglés al castellano, hecha por nosotros.

a proteger su potestad recaudatoria incluso sobrepasando los límites del Ordenamiento comunitario.”¹⁰⁰

En cuanto a los efectos prácticos de dicha Directiva, el siguiente esquema representa una distribución de beneficios entre tres Estados (dos EM y un tercero Estado) y su imposición antes y tras la entrada en vigor de la Directiva 2015/121:



¹⁰⁰ SLAVCHEVA, Slavka Dimitrova, “Comentario a la modificación de la Directiva Matriz-Filial por la que se introduce una cláusula anti-abuso aprobada por el Consejo mediante la Directiva (UE) 2015/121, de 27 de enero de 2015.”, p. 3.

¹⁰¹ El esquema pertenece a ANDERSON, Michael, que lo introdujo en “Analysis, The new PSD general anti-abuse rule”, p. 13.

EU: European Union = Unión Europea.

En cuanto a la transposición de las directivas, cada una establece un plazo máximo de adopción de la norma de transposición. En el caso de la Directiva 2015/121, entrada en vigor el 17 de febrero de 2015, está previsto en el artículo 2, apartado 1, que los Estados miembros deben cumplir la obligación de transposición antes del 31 de diciembre de 2015. No obstante, como los retrasos son recurrentes, la UE ha previsto un plazo de demora adicional, correspondiente al 1% del plazo previsto por cada directiva.

Los gobiernos español y francés transpusieron la Directiva en el plazo previsto, tal como todos los demás EM.

En la legislación española, la Directiva no tuvo mucho impacto dado que se había modificado íntegramente el régimen del impuesto sobre sociedades en 2014 con la adopción de la LIS. Solo se modificó el apartado 3 del artículo 15 LGT, es decir la sanción en caso de conflicto en la aplicación de la norma tributaria:

“3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora.”

En la legislación francesa, se transpuso la Directiva mediante el artículo 29 de la Ley de finanzas rectificativas para el 2015¹⁰² que prevé una modificación del artículo 119 ter CGI, es decir una modificación de la cláusula anti abuso específica para los casos de distribuciones de dividendos entre matriz y filiales. El legislador simplemente copió el texto de la Directiva 2015/121 sustituyéndolo al antiguo apartado 3. No se modificó la cláusula anti abuso general del artículo L64 LPF.

MS: Member State = Estado Miembro.

WHT: Withholding Tax = retención en origen.

DTC: Double Tax Convention = Convenio para evitar la doble imposición.

¹⁰² Ley 2015-1786 de 29 de diciembre del 2015.

CONCLUSION:

La Directiva Matriz-Filiales fue adoptada en 1990 y 25 años después todavía se exige una actualización de su régimen. De hecho, dicho régimen no cesa de evolucionar a causa de la globalización económica y de la liberalización de las operaciones transfronterizas, de las cuales forman parte las distribuciones de beneficios. Sin embargo, el problema que conlleva la adopción de nuevas directivas, en este caso de la Directiva 2015/121, última modificación de la Directiva Matriz-Filiales, es que su impacto práctico sólo puede demostrarse varios años tras su entrada en vigor. A título de ejemplo, el TJUE suele llevar a cabo una interpretación de las directivas varios años después de su entrada en vigor. Por lo cual, tras la transposición de las directivas, existe una cierta confusión en cuanto a la aplicación de éstas dado que ciertos preceptos no tienen una autonomía al nivel comunitario y cada EM tiene su propia definición para tales conceptos.¹⁰³ A título de ejemplo, la Directiva 2015/121 enuncia preceptos tales como “arreglo falseado” y “razones comerciales válidas que reflejen la realidad económica” sin definirlos.

Más precisamente, refiriéndose a las características del régimen Matriz-Filial, se nota que del ingenio y la creatividad crecientes de los abogados fiscales derivan una serie de abusos que el legislador comunitario intenta paliar mediante sucesivas modificaciones de la Directiva original.¹⁰⁴ En dicho momento de emergencia de nuevos abusos también surgen otros problemas de naturaleza puramente legislativa, por ejemplo como en el caso de la introducción de la cláusula anti abuso. Esta cláusula se había propuesto al mismo tiempo que la exclusión de los instrumentos financieros híbridos del ámbito de aplicación de la Directiva, sin embargo varios EM, principalmente los que tenían una legislación en materia fiscal más severa o los EM con un tipo impositivo bajo eran muy reticentes. Tal como en materia fiscal se exige la unanimidad para adoptar las directivas, fue suficiente un voto en contra

¹⁰³ Se nota perfectamente con los conceptos de cláusula anti abuso y distribución de beneficios.

¹⁰⁴ Véase por ejemplo las Directivas 2014/86 y 2015/121 que tratan de los instrumentos financieros híbridos y de la cláusula anti abuso en materia fiscal.

de la introducción de la cláusula anti abuso para que se retrase la entrada en vigor de la Directiva 2015/121.

Otro límite al régimen Matriz-Filiales y a su efectividad reside en su articulación con otros objetivos de la Unión Europea. En la Comunicación de la Comisión sobre la transparencia fiscal para la lucha contra la evasión fiscal¹⁰⁵, se señala que “a pesar de los avances logrados, todavía es necesario seguir actuando a nivel de la UE, dada la magnitud de la evasión fiscal, los desajustes existentes en términos de transparencia y cooperación¹⁰⁶, la complejidad de los sistemas tributarios y la sofisticación de las prácticas de planificación fiscal agresiva. “

Finalmente, al principio la Directiva tenía por objetivo la eliminación de la doble imposición internacional, pero con las dos últimas modificaciones de ésta, aparece claramente que el objetivo es ahora prevenir y paliar los abusos cometidos en la aplicación de la Directiva Matriz-Filiales. El legislador comunitario ha pasado de la eliminación de la doble imposición internacional a la eliminación de la doble no imposición internacional. Consecuentemente la Directiva revierte un verdadero y novedoso carácter de norma anti-fraude¹⁰⁷ que se enfrenta continuamente a nuevos abusos. No obstante, el legislador comunitario tiene que realizar un equilibrio entre la represión de la innovación empresarial y el desarrollo de los abusos cometidos en la aplicación de la Directiva. Por lo cual es esencial el trabajo realizado por la UE y el TJUE porque queda claro que la Directiva Matriz-Filiales seguirá sufriendo abusos hasta que se cree un verdadero paquete de normas contra la elusión fiscal. Sin embargo, un problema persistirá; de hecho, aunque la UE tenga competencias en materia fiscal¹⁰⁸, la materia fiscal aparece como uno de los últimos bastiones de

¹⁰⁵ “*Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on tax transparency to fight tax evasion and avoidance*”. Brussels, 18.3.2015 COM(2015) 136 final, p. 4. Traducción del inglés al castellano, hecha por nosotros.

¹⁰⁶ Véase: Directiva 2014/107 del Consejo de 9 de diciembre de 2014 que modifica la Directiva 2011/16 por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad.

¹⁰⁷ En la Enmienda 1 de la Propuesta de modificación de la Directiva, Considerando -1, la Comisión recuerda que “Se calcula que en la UE se pierde cada año 1 billón de euros en ingresos fiscales potenciales debido al fraude, la evasión y la elusión fiscales y a la planificación fiscal agresiva, lo que representa un coste aproximado de 2 000 euros al año por cada ciudadano de la UE.”

¹⁰⁸ Sobre todo en materia de impuestos indirectos, por lo cual el legislador comunitario tiene mucho más que lograr en materia de impuestos directos.

la soberanía nacional. Tal como se ha expuesto anteriormente, la materia fiscal requiere la unanimidad, por lo cual son los EM quienes verdaderamente tienen el poder para luchar contra la planificación fiscal agresiva e incentivar por otra parte una aproximación legislativa en materia fiscal al nivel comunitario.

BIBLIOGRAFIA:

Monografías:

ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín y CASADO RAIGON, Rafael, “*Curso de derecho de la Unión Europea*”, Ed: Tecnos, 2ª Edición, 2014.

MANGAS MARTIN, Araceli y LINAN NOGUERAS, Diego J., “*Instituciones y derecho de la Unión Europea*”, Ed: Tecnos, 8ª Edición, 2014.

Varios autores, Dirección: CORDON EZQUERRO, Teodoro, “*Manual de fiscalidad internacional*”, Ed: Instituto de estudios fiscales manuales de la Escuela de la Hacienda Pública, Volumen I, 3ª Edición, 2007.

Varios autores, Dirección: CORDON EZQUERRO, Teodoro, “*Manual de fiscalidad internacional*”, Ed: Instituto de estudios fiscales manuales de la Escuela de la Hacienda Pública, Volumen II, 3ª Edición, 2007.

FALCON Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, “*Derecho fiscal internacional*”, Ed: Marcial Pons, 1ª Edición, 2010.

FALCON Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, “*Derecho fiscal internacional*”, Ed: Marcial Pons, 2ª Edición, 2013.

ALMUDI CID, José Manuel, “*El régimen jurídico de transparencia fiscal internacional*”, Ed: Instituto de estudios fiscales, Ministerio de Economía y Hacienda, 2005.

Varios autores, Consejo General del Poder Judicial, “*Análisis de la jurisprudencia tributaria comunitaria. Su incidencia en los tribunales españoles*”, Ed: Estudios de Derecho Judicial, nº 143, 2007. P. 50

ALBI, Emilio; PAREDES, Raquel y RODRIGUEZ ONDARZA, José Antonio, “*Sistema fiscal español II*”, Ed: Ariel, Sexta Edición, 2015.

MARTIN QUERALT, Juan; LOZANO SERRANO, Carmelo y POVEDA BLANCO, Francisco, “*Derecho tributario*”, Ed: Thomson Reuters Aranzadi, 19ª Edición, 2014.

Varios autores, Dirección: MARTUL-ORTEGA, Perfecto Yebra y GARCIA NOVOA, César, “*Las reformas fiscales en Europa*”, Ed: Instituto de Estudios Fiscales, 2004.

GONZALEZ SANCHEZ, Elena, “*Corporate tax harmonisation in the European Union. Harmonisation of the tax connecting factors*”, Ed: Servicio editorial de la Universidad del País Vasco.

TRINXET LLORCA, Salvador, « *European Union direct taxes* », Ed: AP Publishing, 2010.

GOMEZ RAMIREZ, Salvador, “*Lecciones de fiscalidad internacional*”, Ed: Tcnos, 2014.

COZIAN, Maurice, « *Les grands principes de la fiscalité des entreprises* », Ed: Litec, 4ª Edición, 1999.

ALONSO LEDESMA, Carmen, “*Diccionario de derecho de sociedades*”, Ed: Iustel, 1ª Edición, 2006.

RIBO DURAN, Luis y FERNANDEZ FERNANDEZ, Joaquín, “*Diccionario de derecho empresarial*”, Ed: Bosch, 1ª Edición, 1998.

AMADO GUIRADO, Jordi, “*Gestión fiscal en la empresa*”, Ed: Wolters Kluwer, 2015.

Varios autores, Director: PEREZ ROYO, Fernando, “*Curso de derecho tributario, Parte especial.*”, Ed: Tecnos, 8ª Edición, 2014.

E-books:

TRAVERSA, Edoardo, “*L'autonomie fiscale des Régions et des collectivités locales face au Droit communautaire* », Ed: Larcier, 2010.

HELMINEN, Marjaana, “*International Tax Law Concept of Dividend*”, Ed: Kluwer Law International, 2010.

Revistas:

BERLIN, Dominique, “*Jurisprudence fiscale européenne : contentieux de l'harmonisation* », Ed : Dalloz, Revue de Droit européen, 2004, p. 135.

Artículos en publicaciones electrónicas:

ANDERSON, Michael, “*Analysis, The new PSD general anti-abuse rule*”, 3 de julio de 2015, <http://www.taxjournal.com>

BUNDGAARD, Jakob, “*Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives – Part 1*”, octubre 2010, European Taxation.

KARAGUEZIAN, Armen y FERRERO, Pierrick, “*L’adoption de la clause anti-abus par la Commission européenne: vers un abus de droit à deux vitesses ?*”, diciembre 2014.

GARCIA-OLIAS JIMENEZ, Carlos, “*El concepto tributario de establecimiento permanente*”, 2011, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada / Extraordinario-2011, pp. 229 a 235.

CASARES GARCÍA, Asdrúbal y PALAU FAYOS Nieves, Agencia Estatal de Administración Tributaria, “*Relaciones matriz-filial: Deducciones por doble imposición de dividendos y plusvalías. Acreditación por la pérdida del valor de la filial. Deducción del fondo de comercio financiero.*”, Cuadernos de Formación. Colaboración 12/06. Volumen 2/2006.

GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, Begoña, Dirección General de Tributos, “*El efecto fiscal de los instrumentos financieros tras la reforma de la Ley 16/2007, de 4 de julio, y del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre.*”, Cuadernos de Formación. Colaboración 6/09. Volumen 7/2009.

MARIN BENITEZ, Gloria, “*Fiscalidad de los dividendos transfronterizos en la unión europea: sobre la adecuación de la normativa española al derecho comunitario*”.

CARMONA FERNÁNDEZ, Néstor, “*La noción de establecimiento permanente en los tribunales: las estructuras operativas mediante filiales comisionistas*”, Crónica Tributaria, Num. 145/2012.

GARCÍA-OLÍAS JIMÉNEZ, Carlos, “*El concepto tributario de «establecimiento permanente»*”, 2011.

CALATAYUD PRATS, Ignacio, “*Comentario al artículo 15 de la nueva ley General tributaria. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.*”, Hacienda Canaria.

SLAVCHEVA, Slavka Dimitrova, “*Comentario a la modificación de la Directiva Matriz- Filial por la que se introduce una cláusula anti-abuso aprobada por el Consejo mediante la Directiva (UE) 2015/121, de 27 de enero de 2015.*” Newsletter “EU law and taxation”, 26/01/2015-01/02/2015.

Documentos oficiales de la UE:

“Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on tax transparency to fight tax evasion and avoidance.” Bruselas, 18 de marzo del 2015. COM(2015) 136 final.

“Recommandation de la Commission relative à la planification fiscale agressive.” Bruselas, 6 de diciembre del 2012. C(2012) 8806 final.

“Document de travail des services de la commission: résumé de l'analyse d'impact accompagnant le document proposition de Directive du conseil modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents.” Bruselas, 25 de noviembre del 2013. SWD(2013) 473 final.

“Proposition de Directive du conseil modifiant la directive 2011/96/UE concernant le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales d'États membres différents.” Bruselas, 25 de noviembre del 2013. COM(2013) 814 final.

“Platform for tax good governance. Discussion paper on General Anti-Abuse Rules (GAAR), Meeting of 19 December 2014.” Comisión Europea, Bruselas. Taxud/D1.

“Informe sobre la propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.” Comisión Europea, 24 de marzo de 2014. COM(2013)0814 – C7-0464/2013 – 2013/0400(CNS).

Documentos oficiales de la OCDE:

“OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project 2015 Final Reports.”

“OECD: Hybrid Mismatch Arrangements. Tax policy and compliance issues. March 2012.”

“Modelo de convenio tributario sobre la renta y sobre el patrimonio”, OCDE. Versión abreviada de 22 de julio de 2010, 8ª edición.

Otros informes:

Informe del Comité Ruding: conclusiones y recomendaciones del Comité de expertos independientes. Redacción en asociación con la Comisión Europea, 1992.

“Ramboll Management Consulting and Corit Advisory. Taxation papers, working paper n. 61. Study on Structures of Aggressive Tax Planning and Indicators. Final Report.” Redacción en asociación con la Comisión Europea. 23 de diciembre del 2015.

Jurisprudencia:

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Asunto 13/63, de 17 de julio de 1963, *“Italia c. Comisión”*.

TJCE. Asuntos acumulados 286/82 y 26/83, de 31 de enero de 1984. *“Luisi y Carbone c. Ministerio del Tesoro.”*

TJCE. Asunto C-513/03, de 23 de febrero de 2006. *“Van Hilten-van der Heijden c. Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen.”*

TJCE. Asunto C-222/97, de 16 de marzo de 1999. *“Trummer y Mayer.”*

TJCE. Asunto 152/73, de 12 de febrero de 1974. *“Sotgiu.”*

TJCE. Asunto C-101/05, de 18 de diciembre de 2007. *“Skatteverket c. A.”*

Sentencia del Conseil d'État, 10ème et 9ème sous-sections réunies, del 16 de abril de 2012, nº323592.

TJCE. Asunto C-294/99, de 4 de octubre de 2001. “*Athinaïki Zythopoiia AE c. Elliniko Dimosio.*”

TJCE. Asunto C- 148/78, de 5 de abril de 1979. “*Ministère Public c. Tullio Ratti.*”

TJCE. Asunto C-8/81, de 19 de enero de 1982. “*Ursula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt.*”

Sitios web:

<http://www.taxjournal.com>

Sitio web oficial de la Unión Europea:

http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/individuals/double_taxation_fr.htm

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/internal_market.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED%3D24)

[lex.europa.eu/summary/chapter/internal_market.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED%3D24](http://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/internal_market.html?locale=es&root_default=SUM_1_CODED%3D24)

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:l14550>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A114527>

Sitio web oficial de la OCDE:

<http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>