

La delimitación objetiva de las rentas afectadas por la Directiva 90/435/CEE: el concepto de beneficios distribuidos entre sociedades matrices y filiales

por *Francisco Alfredo García Prats*

Profesor titular de Derecho Financiero y Tributario
Universitat de València

1. INTRODUCCIÓN

A punto de cumplirse los quince años de la aprobación de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, muchas de las cuestiones planteadas por su aprobación continúan pendientes de resolución, a pesar de su reciente modificación por la Directiva 03/123/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 2003. Una de ellas es la delimitación de las *rentas* afectadas por su aplicación; esto es, qué debe entenderse por *beneficios distribuidos entre sociedades matrices y filiales* al amparo de la Directiva (1).

Cierto es que el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva se concreta en atención a una serie de exigencias, a saber:

- la existencia de un pago transnacional;
- como consecuencia de la *distribución de beneficios*;
- en el seno de una relación matriz-filial entre la entidad que realiza el pago y la que lo recibe;
- siempre que la matriz y la filial adopten alguna de las formas expresamente reconocidas por la Directiva en su Anexo.

Sin embargo, la Directiva no concreta el significado y las implicaciones de la expresión *distribución de beneficios entre matriz y filial*, lo que ha motivado la reclamación doctrinal de su concreción necesaria.

La Directiva se refiere a la distribución de beneficios en varias ocasiones. En los Considerandos cuarto y quinto (2) concreta su ámbito de aplicación por referencia a los beneficios distribuidos a la matriz por la filial, y a la distribución de beneficios de la filial a la matriz. El artículo 1 reitera su *doble* ámbito de aplicación:

(1) Vanistendael, F. (1992), p. 599 y ss. Brokelind, C. (2003b), p. 158-167.

(2) Al referirse a la recepción por la sociedad matriz en calidad de socio de *beneficios distribuidos* de su sociedad filial; y al exigir la exención de retención en origen, salvo en determinados casos particulares, a los *beneficios que una sociedad distribuye a su sociedad matriz*.

– distribuciones de beneficios recibidas por sociedades de dicho Estado y procedentes de sus filiales en otros Estados miembros;

– distribuciones de beneficios efectuadas por sociedades de dicho Estado a sus sociedades filiales en otros Estados miembros.

El artículo 4 concreta el tratamiento de los *beneficios distribuidos recibidos* por la matriz, mientras que el artículo 5 regula el tratamiento de los *beneficios distribuidos* por una sociedad filial a su sociedad matriz por parte del Estado de la filial. El artículo 6 impide que el Estado de la sociedad matriz perciba una retención en origen sobre los *beneficios* recibidos de su filial, mientras que el artículo 7.1 delimita negativamente los impuestos afectados por la Directiva al indicar que los pagos anticipados o previos del impuesto de sociedades del Estado de la filial efectuado en relación con la *distribución de beneficios a la sociedad matriz* no se considerarán comprendidos en la expresión *retención en origen*.

A pesar de la indefinición del término, su ámbito principal de incidencia coincide con las *transferencias transnacionales de dividendos entre filiales y matrices* ubicadas en distintos Estados miembros de la Unión Europea (3). Sin embargo, estando su ámbito principal perfectamente delimitado y definido, son los contornos externos los que necesitan concreción, como consecuencia de la falta de un criterio comunitario específico y de la diferencia de tratamiento mercantil y tributario de las distribuciones de beneficios en el seno de cada Estado miembro de la Unión Europea y a partir de un análisis comparado de los diferentes Estados miembros.

En el momento presente, diversas circunstancias aconsejan retomar la concreción del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 90/435/CEE.

En primer lugar, la reciente modificación sufrida por la Directiva 90/435/CEE, como consecuencia de la Directiva 2003/123/CE, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, por la que se modifica la Directiva 90/435/CEE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, (DOUE L7 de 13 de enero de 2004, p 41 y ss.). La modificación ha supuesto, fundamentalmente, una ampliación del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva en

diferentes frentes; de forma primordial en la ampliación de las entidades afectadas, ampliándose a la práctica totalidad de entidades sometidas a la imposición societaria en los Estados miembros; esta ampliación ha comportado la necesidad de establecer medidas de eliminación de la doble imposición internacional específicas para los casos en los que alguna de estas entidades sea considerada transparente en el Estado de la matriz que recibe los beneficios distribuidos. El elenco de entidades afectadas se ha visto ampliado, a su vez, por el proceso de ampliación de la Unión Europea. De forma paralela, se ha aclarado finalmente la aplicación de la Directiva a los pagos satisfechos por la filial no directamente a la matriz sino a un establecimiento permanente de la misma (4).

En segundo lugar, la aprobación de la Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DOUE L157, de 26 de junio de 2003, p 49 y ss.), puede ayudar a establecer una delimitación más clara de las *rentas* afectadas por la Directiva 90/435/CEE.

En tercer lugar, la jurisprudencia del TJCE ha establecido diferentes criterios que pueden resultar válidos para la delimitación del objeto del presente artículo, a pesar de que el concepto de distribución de dividendos que aparece en la Directiva no ha sido objeto de interpretación directa.

En cuarto lugar, las Propuestas elaboradas por la Comisión Europea sobre la coordinación de la imposición societaria en el ámbito comunitario permiten replantear la función que puede desempeñar la Directiva en dicho horizonte de coordinación, tal como prevé el artículo 4.3 de la Directiva.

En última instancia, más allá de la necesidad de una delimitación objetiva de la aplicación de la Directiva 90/435/CEE, subyace la cuestión de concretar la existencia de parámetros comunitarios válidos –de Derecho comunitario– que ayuden a delimitar el trato tributario que debe otorgarse a la remuneración de la deuda y del capital (*debt/equity*) como uno de los pilares básicos sobre los que se asienta la imposición sobre la renta societaria en el proceso de coordinación tributaria europea. Esta distinción, básica en los ordenamientos tributarios, subyace en algunos planteamientos del TJCE, y se

(3) Baste señalar, al respecto, y como ejemplo, la afirmación del Abogado General Tizzano en las Conclusiones al caso *Océ Van der Grinten NV e. Commissioners of Inland Revenue*, C-58/01, presentadas el 23 de febrero de 2003, que la prohibición de la retención en origen del artículo 5 consiste en “impedir que el *dividendo* quede sujeto a gravamen en el Estado en que es pagado” –párrafo 33-.

(4) Puede considerarse, sin embargo, que esta modificación supone una mera aclaración del texto anteriormente vigente, de conformidad con las exigencias del Derecho comunitario originario, tal como proponíamos en García Prats, F.A. (1995), p. 179-187. En el mismo sentido, Maisto, G. (2004), p. 165.

postula como uno de los mecanismos básicos que permiten integrar las exigencias del Derecho comunitario sobre los esquemas fundamentales internacionales de tributación empresarial (5).

2. EL CONCEPTO DE DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS EN LA DIRECTIVA 90/435/CEE

Como ha quedado expuesto en la introducción, la Directiva 90/435/CEE no ofrece ninguna guía para determinar el significado de las expresiones *distribución de beneficios* o *beneficios distribuidos*. A diferencia de lo que plasman otras propuestas anteriores, no se incorpora a la Directiva ninguna definición, ni de dividendo ni de distribución de beneficios (6). Tampoco las Propuestas de Directiva precedentes a su aprobación incorporaban mención alguna, y la misma tónica ha seguido la actualización de la Directiva llevada a cabo por la Directiva 03/123/CE.

Ante la falta de definición o aclaración de la expresión *distribución de dividendos* cabe cuestionarse qué mecanismos resultan adecuados para completar esta laguna del ordenamiento, siempre que resulten compatibles con las exigencias comunitarias. Es cierto que, conforme a una consolidada posición del Tribunal de Luxemburgo, los conceptos incluidos en las Directivas comunitarias deben interpretarse de forma *comunitaria*. En tanto que concepto comunitario, los Estados miembros en su transposición de la Directiva no han concretado su significado, siendo el Tribunal de Luxemburgo el que está comenzando a perfilar alguna de sus notas, tal y como señala el Abogado General Comas en las conclusiones al caso *Epson Europe Bv*, asunto C-375/98, presentadas el 17 de febrero de 2000 –párrafo 45– (Rec. 2000, I-04243) (7).

(5) Vid., en este sentido, las interesantes consideraciones realizadas por Cordewener, A. (2003), p. 107–108.

(6) El artículo 2.1 de la *Proposal for a Directive of the Council concerning the Harmonization of Systems of Company and of Withholding Taxes on Dividend* (COM (75) 392 final de 23 de julio de 1975), contenía la siguiente definición de dividendo: "...that part of the profits of any corporation of a Member State, other than a corporation in liquidation, distributed by it by virtue of a proper decision of its competent authorities and divided among its members in proportion to their rights as members of the corporation; distributions of bonus shares are not regarded as a dividend within the meaning of the present Directive...". La Memoria Explicativa de dicha propuesta indicaba que con la definición de dividendo se pretendía exigir un tratamiento similar de los pagos abarcados en los diferentes países. Sin embargo, los Estados miembros mantenían la competencia para *extender* su ámbito de aplicación a otros *dividendos* que quedaban fuera de la definición común, indicando finalmente que existían pocas probabilidades que el ejercicio de dicho margen de discrecionalidad generara distorsiones *serias*.

(7) En el mismo sentido, López Rodríguez, J. (2002), p. 112.

Con todo, el *concepto comunitario* de distribución de beneficios a los efectos de la Directiva debe completar las lagunas de la propia Directiva 90/435/CEE mediante la remisión o referencia a otros textos normativos u ordenamientos. Como punto de partida, varias son las alternativas para completar dichas lagunas:

a) Completar la definición mediante la referencia al Derecho comunitario derivado de sociedades.

b) Completar la referencia mediante la remisión al ordenamiento tributario de los Estados afectados. En este caso debe decidirse qué normativa debe ser relevante y si existe algún tipo de vinculación entre las normativas de los Estados afectados –Estado de la matriz y Estado de la filial– a efectos de la aplicación de dicho *concepto comunitario*.

c) En cualquier caso, deberán respetarse las escasas exigencias que se desprenden de la propia Directiva para la formulación de dicho concepto, en atención a sus exclusiones, objetivos y finalidades.

2.1. El concepto en la normativa comunitaria sobre Derecho de sociedades

Conforme a la primera de las alternativas, el sentido de la expresión *distribución de beneficios* debería extraerse de las normas comunitarias que se refieren a dicha distribución.

A este respecto, la Directiva relevante es la Segunda Directiva sobre Derecho de Sociedades, la Directiva sobre Capital, 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976 (DOCE 1977 L26/1). En su artículo 15.1.d) considera que "*el término «distribución», tal como figura en las letras a) y c), englobará, en particular, el abono de dividendos y el de intereses relativos a las acciones»*."

Particularmente interesante, a nuestro entender, resulta el artículo 15.1.c), como base para construir una serie de requisitos necesarios al concepto, cuya falta de verificación excluiría su posible consideración como distribución de beneficios. Señala dicho precepto que "*el importe de cualquier distribución realizada entre los accionistas no podrá exceder del importe de los resultados del último ejercicio cerrado, aumentado con los beneficios a cuenta nueva, así como con las deducciones realizadas sobre reservas disponibles a este fin y disminuido por las pérdidas a cuenta nueva, así como las sumas puestas en reserva de conformidad con la ley o los estatutos*", matizando este concepto el artículo 15.2 en relación con los dividendos *a cuenta*.

Asimismo, el artículo 15.1.a) formula una serie de condicionantes a dicha distribución al señalar que "*no*

podrá hacerse distribución alguna entre los accionistas cuando, en la fecha del cierre del último ejercicio, el activo neto resultante de las cuentas anuales sea, o fuese a ser, como consecuencia de una distribución, inferior al importe del capital suscrito aumentado con las reservas que la ley o los estatutos no permitieran distribuir", matizándose este requisito para las sociedades de inversión de capital fijo por el artículo 15.4.

Sin embargo, como hemos indicado, la normativa mercantil comunitaria establece los condicionantes a la realización de una distribución de beneficios por parte de una sociedad a sus accionistas, pero no concreta en qué supuestos nos encontramos ante una *distribución de beneficios* de la sociedad a dichos accionistas.

Otras normas, como el Reglamento de la Sociedad Europea, 2157/2001, no contienen definición similar de distribución, limitándose a reconocer el derecho a participar en beneficios que se confiere a las acciones de dicha sociedad y sus condiciones (art. 21.1).

Esta propuesta de integración del concepto comunitario de *distribución de beneficios*, por referencia a la normativa mercantil comunitaria, encuentra serias dificultades para su aceptación.

Desde la perspectiva de los objetivos de la Directiva 90/435/CEE, resulta recomendable acudir a los ordenamientos tributarios de los Estados miembros y a su definición de distribución de beneficios, pues son estas normas las que generan la *doble imposición intersocietaria* que se trata de evitar. En caso contrario, se corre el riesgo de generar una aplicación ficticia de la Directiva a elementos de renta distribuidos sobre los que no resulta necesario aplicar mecanismos de compensación o de evitación o alivio de la doble imposición que, todo lo contrario, pueden llegar a generar situaciones de doble no imposición o incluso de desimposición, o incluso dejar por casos en los que la disparidad de calificación mantenga la doble imposición intersocietaria internacional. Adicionalmente, la definición contenida en la Directiva comunitaria sobre sociedades de capital no resulta aplicable a todas las *entidades* afectadas por la aplicación de la Directiva 90/435/CEE de acuerdo con la lista de su Anexo I.

A pesar de la relatividad del concepto de beneficio empresarial y de la inexistencia de una norma armonizada de *beneficio empresarial* (8) a efectos tributarios a nivel comunitario, en especial en la

(8) Fernández del Pozo, L. (1997), p. 20-21. Sin embargo, como dicho autor advierte, "... desde una perspectiva estrictamente jurídica la cuestión (económica) sobre la relatividad de los resultados es irrelevante. Es evidente que la Ley permite un cierto margen de arbitrio en la estimación de los gastos y de los ingresos, cuya diferencia constituye el beneficio del ejercicio (art. 35.2 Ccom.)... La determinación del resultado del ejercicio es siempre

Directiva 90/435/CEE debería poder extraerse alguna característica a dicha noción comunitaria. En concreto, las rentas afectadas por la Directiva deben implicar una *aplicación de resultados* por parte de la filial a favor de la sociedad matriz. En consecuencia, deberían excluirse de dicha aplicación aquellos servicios o distribuciones que tengan la consideración de gastos previos a la determinación del resultado.

Sin embargo, es difícil precisar el significado de dicho *resultado*, bien atendiendo a las normas contables, bien a las normas fiscales. En primera instancia, la referencia debería tomarse de la normativa contable, si bien dicha referencia no necesariamente guardará relación alguna con el objetivo de la Directiva, consistente en eliminar la doble imposición intersocietaria. En otros términos, la doble imposición intersocietaria —y más a nivel internacional— no se produce únicamente —ni siempre— en relación con cualquier y toda aplicación de resultados desde una perspectiva mercantil, por lo que su verificación exige tener en cuenta la normativa tributaria que somete a gravamen las aplicaciones de resultados, así como cualquier transferencia de beneficios entre las sociedades filiales y las sociedades matrices.

En última instancia, la dificultad de proponer un concepto unitario deriva de las deficiencias doctrinales en la formulación técnica del concepto de doble imposición económica —intersocietaria— a nivel internacional. Pongamos por caso, por ejemplo, que la sociedad filial ha obtenido unos resultados extraordinarios que procede a su distribución a la matriz y que van a disfrutar de un diferimiento de tributación como consecuencia de un programa de beneficios fiscales a la reinversión o a la renovación del inmovilizado empresarial. Resulta evidente que, en este caso, determinados mecanismos de eliminación de la doble imposición intersocietaria —básicamente, el método de imputación— no lograrán *eliminar* la doble imposición generada —aunque de forma diferida—. Similares o parecidos ejemplos podrían en el caso contrario en el que en lugar de doble imposición se genera una situación de desimposición.

2.2. La remisión al Derecho estatal para la formulación del concepto distribución de beneficios

Conforme a un segundo planteamiento, a falta de definición *comunitaria expresa* de distribución de beneficios debe acudir a la legislación de los

susceptible de ser calificada jurídicamente como legal (conforme a Derecho) o ilegal (contraria a él). ... El beneficio contable no tiene por qué coincidir con el beneficio *económico* cualquiera que sea la definición que la doctrina quiera dar a este concepto".

Estados miembros para concretar el significado de dicha expresión. Esta remisión admite dos modalidades principales:

a) La primera, la remisión a la legislación del Estado que aplica la Directiva, sea en calidad de Estado de la matriz o de Estado de la filial. En esta opción, debe decidirse si el Estado de la matriz resulta plenamente competente para concretar la extensión del concepto o si se encuentra vinculado de alguna forma por la *calificación* otorgada en el Estado de la filial.

b) La segunda, la remisión a la legislación del Estado de la filial que reparte los beneficios, como legislación calificadora de las rentas amparadas por la Directiva. Esta segunda opción resulta coherente con un enfoque de origen —equiparando el régimen de las distribuciones internas y las distribuciones transnacionales de beneficios— y con la neutralidad del mercado, por lo que la eliminación provocada por el Estado donde se reparten los beneficios se traslada con carácter transnacional (9).

Ambas opciones arriesgan la posible aplicación *uniforme* de la Directiva en todo el territorio de la Unión Europea, aunque garantizan una mayor efectividad y seguridad en cuanto a su aplicación, si bien de esta forma el concepto *comunitario* se diluye entre las divergencias estatales.

En todo caso, dicha remisión debería ser parcial, en relación con aquellos elementos del concepto que no puedan extraerse del análisis de la Directiva y de otros elementos de Derecho comunitario, desempeñando, en consecuencia, una función complementaria de los aspectos de la definición de *distribución de beneficios* que no pueden extraerse de la interpretación de la Directiva en un sentido comunitario. En ningún caso resultaría admisible una interpretación que supiera dichas exigencias (*v.gr.*, el supuesto de las acciones liberadas).

2.3. Las exigencias de la Directiva sobre la formulación del concepto

De la Directiva 90/435/CEE se infieren, no obstante, tres premisas importantes a la hora de abordar dicho concepto.

La primera, que la noción de *distribución de beneficios* o de *beneficios distribuidos* no puede asimilarse a la noción de dividendos. Aunque en la

mayoría de las ocasiones éste será su ámbito normal de aplicación, el término utilizado por la Directiva es más amplio que el de dividendo (10). Esta es una posición mayoritaria en la doctrina, que señala que de haber querido restringir el concepto al ámbito de los dividendos se habría utilizado esta expresión (11). Aun siendo su forma normal de materialización, no toda distribución de beneficios comporta la distribución/obtención de un dividendo. En otro orden de consideraciones, la Directiva 03/49/CE corrobora, como veremos, que la expresión *distribución de beneficios* debe tener un contenido más amplio que la referencia —diversa— de dividendo. La segunda premisa que pasamos a analizar confirma esta posición, al excluir, entre otros, los beneficios distribuidos como consecuencia de la liquidación de la sociedad.

La segunda premisa constata que el ámbito de rentas afectadas por los artículos 4 y 5 no coincide. El ámbito de rentas afectadas por uno y otro precepto no es coincidente en la medida en que ambos preceptos se ven delimitados negativamente de forma distinta. La obligación establecida —inicialmente— en el artículo 4 hacia los Estados miembros desaparece en caso de disolución de la sociedad y en relación con los beneficios no distribuidos *por la condición de socio* de la entidad matriz perceptora (12). En consecuencia, es necesario analizar por separado los *beneficios distribuidos* a los que se refiere el artículo 4 y la distribución de beneficios a la que afecta el artículo 5 de la Directiva.

La tercera premisa entronca con la incidencia de los objetivos de la Directiva en la delimitación del concepto *beneficio distribuido*. De conformidad con los objetivos de la Directiva, debería exigirse que cualquier *beneficio distribuido* objeto de aplicación de las medidas previstas en la Directiva hubiera soportado un doble (o triple) gravamen —al menos teórico, o una doble sujeción—; el primer gravamen en

(10) Hosson, F. de (1990), p. 433. El Dictamen del CESE COM(2003)462 final (2004/C32/35 DUE C32 de 5 de febrero de 2004) menciona tanto los dividendos (párrafo 31.4) como los beneficios distribuidos (párrafo 1.1).

(11) Helminen, M. (1999).

(12) El Informe preparado por el IBFD considera, sin embargo, que no existe ninguna prueba concluyente de que la omisión de la referencia a la obtención *en condición de socio* —by virtue of its association with...— deba tener algún significado relevante distinguiendo el concepto en ambos artículos. IBFD. (1996), p. 363 y 375. Vanistendael, F. (1992), en cambio, deriva de dicha distinción importantes consecuencias, como la obligación de eliminar la retención en la fuente sobre las reclasificaciones como dividendos de cargos de intereses o precios de transferencia. Resulta curioso observar, como, el IBFD, a pesar de su posición, lleva más lejos la posición de Vanistendael exigiendo que en caso de una recalificación de los pagos como dividendo realizada por el Estado de la filial, ésta recalificación deba vincular al Estado de la matriz a los efectos de la Directiva (cit. p. 364).

(9) Para Helminen, M. (1999) p. 224, "the purpose of the Directive is to eliminate economic double taxation in cross-border situations to the same extent as it is eliminated in purely domestic situations".

sede de la sociedad filial, y la segunda imposición en sede de la sociedad matriz (incluyendo como tal la sede del establecimiento permanente de ésta que pueda recibir los dividendos).

Sin embargo, la Directiva no positiviza de esta forma el ámbito de aplicación de la Directiva, puesto que no exige que el *beneficio distribuido* esté sometido a imposición por alguno de los impuestos societarios de los Estados miembros, sino que debe ser la *sociedad filial* la que esté sujeta sin posibilidad de opción y sin estar exenta a los impuestos mencionados por la Directiva (art. 2.c) de la Directiva). En otros términos, el gravamen –o mejor dicho, la sujeción– constituye un *requisito subjetivo de aplicación* de la Directiva, pero no un requisito objetivo aplicable a los beneficios distribuidos para que éstos puedan beneficiarse de las medidas comunitarias previstas en la Directiva. De esta forma, resulta imposible extraer como un elemento informador del concepto comunitario de beneficio distribuido que el mismo haya estado sometido –teórica o efectivamente– a un impuesto sobre sociedades en el Estado de la sociedad que lo distribuye con la finalidad de evitar la doble imposición, aunque éste sea el objetivo último que persigue eliminar la Directiva.

De hecho, y como confirma la sentencia *Bosal* (13), no resulta posible justificar una medida –siendo discriminatoria– en el hecho de que por permitirse la deducción de los intereses y gastos asociados al beneficio imponible pueda generarse desimposición. De ahí que dicho peligro de desimposición, no constituya una justificación al posible tratamiento discriminatorio otorgado a la *distribución transnacional de beneficios* (14).

2.4. Las primeras aproximaciones al concepto realizadas por el Tribunal de Luxemburgo

El Tribunal de Luxemburgo ya ha tenido ocasión de interpretar diferentes preceptos de la Directiva matriz-filiales en varias ocasiones. Principalmente, el objeto de disputa ante el Tribunal ha sido la interpretación del concepto *retención en origen* sobre la distribución de beneficios practicada por el Estado de la filial. No existen asuntos en los que el objeto de interpretación haya sido, principalmente, el análisis de la expresión *distribución de beneficios* al objeto de la Directiva.

Sin embargo, en el análisis del concepto de *retención en origen* el Tribunal ha formulado algunas

consideraciones sobre los beneficios distribuidos a los que debe afectar que puede considerarse como la primera aproximación al concepto *comunitario* de distribución de beneficios.

El asunto principal en el que formula estas consideraciones es el asunto *Océ van der Grinten* (15) en el que se discute si la medida de eliminación de la doble imposición económica prevista en el Convenio de doble imposición británico-holandés vulnera la Directiva 90/435/CEE, al suponer la retención que practicaba la hacienda británica una retención en origen en el sentido de la Directiva.

Al analizar el concepto de *retención en origen* considera que constituye una retención en origen sobre los beneficios distribuidos en el sentido del artículo 5, apartado 1, de la Directiva, todo tributo sobre las rentas percibidas en el Estado en que se reparten los dividendos y cuyo hecho imponible es el pago de dividendos o de cualquier otro rendimiento de los títulos, cuando la base imponible de dicho tributo es el rendimiento de éstos y el sujeto pasivo es el titular de los mismos títulos (16). Continúa la sentencia *Océ Van der Grinten* distinguiendo entre la retención sobre los beneficios y sobre aquella parte que constituye un crédito fiscal otorgado por la Hacienda británica. “... La parte del gravamen del 5 % que se aplica a los dividendos es proporcional a su valor o a su importe, siendo el sujeto pasivo la sociedad matriz beneficiaria de éstos. Afecta a la renta que la sociedad matriz domiciliada en los Países Bajos obtiene de su participación en el capital de su filial domiciliada en el Reino Unido, ya que implica una disminución del valor de esta participación”. (apartado 51). En cambio, “en lo que atañe a la parte del gravamen del 5 % que se aplica al crédito fiscal al que da derecho el reparto de los dividendos, no tiene las características de una retención en origen sobre los beneficios distribuidos, en principio prohibida por el artículo 5, apartado 1, de la Directiva, ya que no grava los beneficios distribuidos por la filial” (apartado 55), señalando a continuación que “el crédito fiscal es un instrumento fiscal cuyo objeto es evitar la doble imposición, en términos económicos, de los beneficios distribuidos en forma de dividendos, una primera vez por lo que respecta a la filial y una segunda vez por lo que respecta a la sociedad matriz beneficiaria de los dividendos. Por lo tanto, no constituye un rendimiento de los títulos” (apartado 56).

(15) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 25 de septiembre de 2003, *Océ Van der Grinten NV* contra Commissioners of Inland Revenue, asunto C-58/01.

(16) En este sentido, véanse las sentencias *Epson Europe*, apartado 23, y *Athinaiki Zythopoiia*, apartados 28 y 29, y *Océ Van der Grinten*, apartado 47.

(13) Sentencia del TJCE de 18 de septiembre de 2003, *Bosal Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën*, *Bosal*, C-168/01.

(14) Meussen, G.T.K (2004) p 59 y ss.

El Abogado General Tizzano, ya indicó, al respecto, en las Conclusiones al caso *Océ van der Grinten*, que el crédito fiscal que las autoridades tributarias británicas conceden a la sociedad matriz perceptora del dividendo en razón de la realización del pago del ACT por parte de la sociedad filial, lejos de constituir un fruto de la participación en el capital social de ésta, representa una bonificación monetaria comprendida en el régimen británico de imputación del impuesto sobre los rendimientos de las sociedades; esto es, constituye, en esencia, un traspaso interno entre contribuyentes y la autoridad tributaria que, en un supuesto sujeto al CDI, se transforma en una bonificación monetaria concedida por las autoridades tributarias británicas a la sociedad matriz neerlandesa, con objeto de aliviar la carga fiscal que la percepción del dividendo supondría para ésta, en concepto de impuesto sobre los rendimientos, en los Países Bajos (punto 31). Por ello, dicha bonificación fiscal no es un “rendimiento de los títulos” de la sociedad filial, sino un instrumento fiscal que *no atribuye ningún rendimiento «nuevo» al poseedor de tales títulos*: su efecto consiste únicamente en preservar, en cierta medida, de los efectos negativos de la tributación el rendimiento derivado de la participación en el capital de la sociedad que ha emitido los títulos (punto 32).

En consecuencia, el Tribunal de Luxemburgo parece establecer varias características generales definidoras de la *distribución de beneficios*:

- a) Debe tratarse de cualquier rendimiento de un título que determine la condición de matriz del sujeto receptor. Cualquier rendimiento que no derive de los títulos no puede considerarse distribución de beneficios en sentido de la Directiva, como cuando el rendimiento procede de un tercero, en el caso de autos, de la Administración tributaria.
- b) El rendimiento debe obtenerse como consecuencia de su participación en el capital de la filial.
- c) La distribución del beneficio implica una disminución del valor de la participación en el capital de la filial.

3. LA DISTRIBUCIÓN DE BENEFICIOS REALIZADA POR FILIALES RESIDENTES EN ESPAÑA

3.1. Su transposición al ordenamiento español

El artículo 5.1 de la Directiva exige eximir de *retención en origen* a los *beneficios distribuidos por una sociedad filial a su sociedad matriz*. A diferencia de lo que ocurre en el artículo 4, no se exige que los

beneficios se distribuyan a la sociedad matriz *en calidad de socio*, ni tampoco se elimina de dicha obligación de eliminación con ocasión de la liquidación de la sociedad.

Las únicas exigencias previstas por la Directiva –de forma directa, y sin perjuicio de la configuración de las normas anti-evasión de conformidad con las exigencias del ordenamiento comunitario (17)–, es que se mantenga la relación de filial–matriz entre la sociedad que distribuye el beneficio y la sociedad perceptora del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 90/435/CEE.

En consecuencia, se requiere una participación mínima del 25% en el capital de la sociedad filial por parte de la matriz, porcentaje de participación reducido al 20% a partir de 1 de enero de 2005, al 15% a partir de 1 de enero de 2007, y al 10% a partir de 1 de enero de 2009 (18). A pesar de que el requisito de participación se ha eliminado de la dicción del artículo 5, resulta necesario integrar la referencia a la sociedad filial y matriz con la definición que incorpora el nuevo artículo 1.3 de la Directiva.

De acuerdo con este *concepto* de beneficio distribuido, a efectos del artículo 5 de la Directiva, determinados beneficios distribuidos –de forma encubierta o recalificada– hacia la matriz, deberán seguir el mismo régimen de exención de *retención en origen* (19). Asimismo, la Directiva no permite mantener la retención –o negar la extensión de la exención de retención– a los supuestos en los que el reparto de dividendos sea consecuencia de la liquidación de la sociedad filial.

Esta primera delimitación pone de manifiesto la incorrecta transposición de las exigencias comunitarias a nuestro ordenamiento llevada a cabo por el legislador español. En efecto, el artículo 14.1.h).2º del TRLIRNR (RDL 5/2004), condiciona la aplicación de la exención en él recogida a que “*la distribución del beneficio no sea consecuencia de la liquidación de la sociedad filial*”. Se aplica, por tanto, una restricción prevista en el artículo 4.1 pero no en el artículo 5 de la Directiva.

Esta posición no se corresponde con la dicción del artículo 5.1 de la Directiva. Tal y como hemos afirmado, el concepto de *distribución de beneficios* utilizado por el artículo 5.1 es diferente –y más amplio– del utilizado por el artículo 4 de la Directiva, a pesar de que en algún caso como el comentado resulte

(17) Vid., al efecto, Gareña Prats, F.A. (2002), p 163 y ss.

(18) Artículo 2 de la Directiva 2003/123/CE.

(19) En el mismo sentido, Maisto, G. (1996), p. 79.

difícil adivinar las razones de la diferente extensión de su ámbito de aplicación. Por ello, la exclusión de los beneficios procedentes de la liquidación de la sociedad filial de la exención de retención en el Estado de la fuente –artículo 14.1.h TRLIRNR– es contraria al artículo 5.1 de la Directiva (20).

Por otra parte, la modificación incorporada en el artículo como consecuencia de su adaptación a la doctrina del caso *Denkavit* (21) no logra adecuar con plenitud la normativa española a las exigencias del ordenamiento comunitario, tal como éstas fueron interpretadas por el TJCE en la mencionada sentencia (22). Por el contrario, el TRLIRNR indica que “la mencionada participación deberá haberse mantenido de forma ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, que se mantenga durante el tiempo que sea necesario para completar un año. En este último caso la cuota tributaria ingresada será devuelta una vez cumplido dicho plazo”.

En consecuencia, nuestro ordenamiento sustituye la exención por una retención a cuenta condicionada al cumplimiento futuro de los requisitos de participación temporal y posterior devolución de la cantidad retenida, mecanismo que no encaja con la clara dicción literal del artículo 5 que no permite alternativa al beneficio de la exención de la retención en origen. Como se desprende de la sentencia *Denkavit*, el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 90/435, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, dispone, de un modo claro y sin ambigüedad, la exención de la retención del impuesto en la fuente para aquellas sociedades matrices que tengan una participación de un 25% como mínimo en el capital de su filial, sin que dicho régimen claro pueda condicionarse –o incluso modificarse por un régimen cautelar de retención con posterior devolución– por el hecho de que la sociedad matriz no haya conservado su participación en la filial durante un período mínimo con anterioridad a la distribución del beneficio, en la medida en que tales sociedades

cumplan la obligación de conservar su participación durante el período establecido por el Estado miembro de que se trate.

3.2. El concepto de distribución de beneficios

Fijados estos criterios delimitadores del ámbito de aplicación queda por ver cuál es el significado de la expresión utilizada por el ordenamiento español como transposición del artículo 5 de la Directiva.

A estos efectos, el artículo 14.1.h) TRLIRNR se limita a reproducir el término utilizado por la Directiva y trasladarlo al ámbito interno. Nótese, por tanto, que en términos de exención, la norma interna no se refiere ni al término *dividendos*, utilizado en el ámbito del artículo 13.1.f.1º TRLIRNR, ni al término *rendimientos derivados de la participación en fondos propios*, utilizado tanto por el mencionado artículo del TRLIRNR y por el artículo 23.1.1º TRLIRPF. Sin embargo, la mayoría de la doctrina se refiere al concepto de dividendo –interno y convencional– para explicar el sentido del concepto utilizado por el artículo 14.1.h) TRLIRNR (23).

Es evidente, a nuestro juicio, que aquellos rendimientos que tengan la consideración de *dividendos* en el ámbito del IRNR –según la remisión efectuada por el artículo 13.3 de su Texto Refundido al artículo 23.1.1º TRLIRPF– merecerán la consideración de *distribución de beneficios* a efectos de la aplicación de la Directiva matriz-filial.

Sin embargo, resulta patente que ambos términos no pueden equipararse de forma absoluta y que, tal como hemos indicado anteriormente, el ámbito de aplicación de la expresión *distribución de beneficios* debe de ser más amplio.

Lo bien cierto es que la expresión *distribución de beneficios* tampoco se define en nuestro Derecho mercantil. A diferencia de lo que sucedía en la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y en la II Directiva, el Derecho mercantil español utiliza el concepto *aplicación de resultados* en lugar de la expresión *distribución de beneficios* en varios preceptos –arts. 95, 213 o 171.1 de la Ley de Sociedades Anónimas– (24). Este concepto es más amplio y no abarca únicamente a los actos de disposición patrimonial, como el reparto de dividendos (art. 213.2 LSA), sino también el saneamiento de pérdidas, o las dotaciones de reservas, situaciones éstas que no determinan la aplicación de la Directiva.

(20) Maisto, G. (1996) p. 79-80, Vanistendael, F. (1992) p. 604-605, Farmer, P. y Lyal, R. (1994), p. 269 y ss., Thommes, O. (1992), párr 6.1.3, Martín Jiménez, A.; Calderón Carrero, J.M. (Comentarios al artículo 13.1.g) en *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes*. (1999), p. 200, señalan que el artículo 5.1 no se define negativamente por el hecho de la liquidación de la sociedad.

(21) La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social dio nueva redacción al artículo 46.1.f) de la Ley 43/1995, incorporándose posteriormente dicho precepto en el artículo 13.1.g de la Ley del IRNR, actual artículo 14.1.h) del TRLIRNR.

(22) Sentencia del TJCE de 17 de octubre de 1996, *Denkavit*, VITIC, *Voormer*. asuntos C-283/94, C-291/94, C-292/94. Rec. p. 1-5063.

(23) Carmona Fernández, N. (2003), p. 242.; Martín Jiménez, A.; Calderón Carrero, J.M. (1999) p. 200.

(24) Fernández del Pozo, L. (1997) p. 31.

Ante la falta de definición legal de la expresión en la normativa tributaria interna, deben perfilarse los criterios de integración de su contenido. Varias son las consideraciones que deben realizarse.

En primer lugar, la posible concreción por referencia a la normativa interna o convencional en torno al concepto de dividendos y pagos asimilados en régimen jurídico-tributario a aquéllos.

En segundo lugar, debe decidirse si otras distribuciones realizadas por la filial pueden quedar incluidos dentro del concepto de distribución de beneficios, a pesar de su régimen tributario diferente.

En tercer lugar, debe analizarse la influencia de la normativa tributaria que recalifica determinadas rentas como *dividendo* o distribución de beneficios a efectos de la aplicación de la Directiva.

En último lugar, analizaremos la posible aplicación de las obligaciones del Estado de la filial en relación con la *imposición complementaria* exigida a los establecimientos permanentes en sus pagos transfronterizos a la casa central.

3.2.1. Rendimientos derivados de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad

En primer lugar, debe decidirse si el resto de rentas que tienen la consideración de rendimientos derivados de la participación en fondos propios de acuerdo con lo previsto por el artículo 23.1.1.º TRLIRPF, aparte de los dividendos, por remisión del artículo 13.3 TRIJNR, deberán considerarse distribución de beneficios.

Con carácter general, la solución deberá ser positiva, siempre que los fondos propios en los que participa la matriz tengan la consideración de capital propio de la filial a efectos de la Directiva, y que la filial revista alguna de las formas jurídicas recogidas en la letra e) del Anexo 1 de la Directiva –o cualquiera otra de las recogidas en dicho Anexo, siempre que tenga la consideración de *residente fiscal* en España a los efectos de la Directiva–. Es irrelevante la forma en la que se articule la distribución de los beneficios, sea anticipada o definitiva, su condición, o la materialización del reparto en dinero o en especie.

Así, por ejemplo, estarán incluidas las participaciones en los beneficios de *cualquier* tipo de entidad –con las condiciones arriba mencionadas–, o los rendimientos procedentes de cualquier clase de activos que *faculten para participar en los beneficios de una entidad por causa distinta de la remuneración*

del trabajo personal. En consecuencia, cualquier retribución del trabajo personal, o de servicios prestados a la filial, deben considerarse remuneración de dichos servicios o actividades y en ningún caso rendimientos derivados de la *participación en el capital de la filial*, aunque consistan o se computen en atención a los beneficios obtenidos por dicha filial –acciones de trabajo, ...–.

3.2.1.1. En particular, las acciones liberadas

La normativa del IRPF y, por ende, la del IRNR, por el juego de remisiones, excluyen de la consideración de los rendimientos obtenidos por la participación en los fondos propios la entrega de acciones liberadas. Sin embargo, la entrega de acciones liberadas debe considerarse como *distribución de beneficios* a los efectos de la Directiva por lo que el Estado de la filial no podrá aplicar ningún tipo de retención en origen sobre su reparto (25).

Es cierto que en la Propuesta de Directiva sobre la armonización de los sistemas de imposición

(25) De forma sorprendente, la legislación española no asimila el régimen tributario de la entrega de acciones liberadas al régimen tributario de los dividendos, a pesar de que en vía Convencional, esta asimilación tendría perfecta cabida. *Vid* González Poveda, V. (1993), p. 268–269. Por el contrario, en nuestro ordenamiento la entrega de las acciones –total o parcialmente– liberadas no tiene ninguna trascendencia tributaria en el momento de la entrega, sino que su tributación se difiere al momento en que se produce la enajenación de las acciones –las liberadas o similares que han generado dicha entrega; la LIRPF no habla de las acciones posteriores, pero cabe considerar que también deberían tenerse en cuenta–. En consecuencia, la entrega de acciones liberadas repercute en un menor valor de adquisición de las acciones en el momento de su enajenación, generando una mayor ganancia de patrimonio, o una menor pérdida –artículo 35.1.a) y b) TRLIRPF–. Desde esta perspectiva, esta tributación diferida difícilmente puede configurarse como una *retención en origen* en el sentido prohibido por la Directiva en su artículo 5 –para un caso similar, no referido a la tributación diferida de la entrega de las acciones liberadas, *vid.* Maisto, G. (1996) p. 70).

La solución sería distinta si algún ordenamiento las considerara como ganancias de patrimonio sometidas a gravamen en el momento de su entrega. Dicha calificación permitiría en determinadas circunstancias excluirlas de gravamen cuando resultara de aplicación un Convenio de doble imposición. Sin embargo, para el caso en que dichos Convenios contengan cláusulas específicas que permitan el gravamen al *Estado de la fuente* –acciones de sociedades inmobiliarias, enajenación en caso de participación sustancial...– que se contienen en algunos Convenios españoles –por ejemplo, en el caso de España los Convenios con Bélgica, Francia, Grecia, Irlanda y Portugal para el caso de las sociedades inmobiliarias, o los Convenios con Francia, Irlanda, Holanda y Portugal para las enajenaciones de participaciones sustanciales–, la Directiva impediría la exacción del gravamen previsto en la LIRNR –15% sobre el importe de la ganancia de capital obtenida–. Ello es así, porque aunque el gravamen de la LIRNR se practique sobre una *ganancia de capital*, el mismo tendría la consideración de *retención en origen* tal y como se ha definido por el Tribunal de Luxemburgo.

societaria y retenciones sobre dividendos de 1975 excluía a las acciones liberadas de la noción de dividendo, añadiendo que el artículo 7 de dicha Propuesta señalaba que la Directiva se aplicaba a cualquier distribución que se considerara como distribución de dividendos de acuerdo con la normativa del Estado de la fuente, criterio éste por el que la entrega de acciones liberadas tampoco quedarían asimiladas al dividendo en el caso español.

Sin embargo no puede alegarse este antecedente para excluir del ámbito de aplicación de la Directiva a la entrega de acciones liberadas, con cargo a beneficios no distribuidos incorporados a reservas (26). En la Directiva la entrega de acciones liberadas no se encuentra expresamente excluida, y el contenido de la *distribución de beneficios* no se concreta *únicamente* por remisión a la normativa tributaria interna del Estado que aplica la Directiva. En cualquier caso, la aclaración del tratamiento de dichas entregas a efectos de la Directiva queda pendiente de una mayor concreción del *concepto comunitario* de la distribución de beneficios contenido en la Directiva, al producirse una disparidad de tratamiento tributario significativa entre los diferentes Estados miembros (27).

No obstante, y para el supuesto en el que pueda ponerse de manifiesto que la entrega se realiza con cargo a los *beneficios de la matriz*, de acuerdo con lo que se infiere de la normativa mercantil comunitaria, presentes o pasados, dicha entrega no debería soportar ninguna *retención en origen* en el Estado de la filial, cualquiera que sea el trato tributario y la calificación jurídico-tributaria que merezcan en la normativa de dicho Estado o a nivel convencional. La referencia comunitaria no puede *vaciarse* por el simple expediente técnico de la remisión a la normativa tributaria del Estado de la filial y recalificación de dichas distribuciones (28).

(26) En el mismo sentido, Helminen, M. (1999), p. 222.

(27) Así por ejemplo, como pone de manifiesto Helminen, (1999), p. 222, en Alemania el tratamiento tributario de la entrega de acciones liberadas depende de la composición de las mismas -liberadas con cargo a reservas de capital, o liberadas con cargo a beneficios. En cambio, en Suecia y Finlandia, como en España, se considera que la entrega no implica una transferencia de beneficios al socio.

(28) Discrepamos, por tanto, de la posición de Helminen, M. (1999), p. 224, cuando postula que la aplicación de la Directiva produce solamente en el caso de que el Estado de la filial asimila el trato tributario de la entrega de acciones liberadas al reparto de dividendos, pero no en casos diferentes. Como señalamos en una nota anterior, si la entrega de acciones liberadas, aun calificada como ganancia de capital, soporta un gravamen en el momento de su percepción, o con ocasión de su reparto, con independencia de quién quede obligado a su ingreso, deberá tener la consideración de *retención en origen* a los efectos de la Directiva y, en consecuencia, resultará prohibida por la misma.

3.2.1.2. El usufructo de acciones

De acuerdo con el artículo 23.1.a).3º también se consideran rendimientos obtenidos por la *participación en los fondos propios* los rendimientos *que se deriven* de la constitución o cesión de derechos o facultades de uso o disfrute, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, sobre los valores o participaciones que representen la participación en los fondos propios de la entidad.

Conforme con dicha calificación, se asimila al trato de los dividendos las rentas obtenidas por el usufructuario, en caso de usufructo de acciones, a pesar de que el titular de dichas acciones siga siendo el nudo propietario (29). Esta asimilación también se proyecta sobre el IRNR, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.3 TRLIRNR.

Mayores dudas surgen en torno a la posibilidad de considerar dichos rendimientos o ventajas como *distribución de beneficios* a los efectos de la Directiva. Como indicamos anteriormente, consideramos importante distinguir a estos efectos su calificación a los efectos del artículo 4 y a efectos del artículo 5 de la Directiva, cuyo análisis es el que nos corresponde ahora. Y ello porque en el ámbito del artículo 5 de la Directiva no se exige que la distribución de beneficios realizada por la filial a la matriz se realice *en condición de socio*. La falta de dicha exigencia permitirá, a nuestro juicio, eximir de retención en la fuente aquellos dividendos y beneficios obtenidos por la matriz en tanto que titular del derecho de usufructo sobre las acciones o participaciones que generan dicho derecho (30). Lógicamente esta situación sólo resultará factible si la matriz tiene dicha consideración frente a la filial en atención a participaciones o acciones en el capital de ésta que posee directamente (31).

(29) Alvarez Barbeito, P. (2000).

(30) En sentido parecido se pronuncia Maisto, G. (1996), p. 171, aunque sin referirse a las usufructo de acciones, sino a los rendimientos obtenidos respecto de acciones que no son necesarias para el cómputo de la participación sustancial, como por ejemplo, las participaciones sin antigüedad suficiente. En contra Helminen, M. (1999) p. 159.

(31) Esta posibilidad puede abrir vías para la planificación fiscal, por el simple mecanismo del otorgamiento del usufructo de acciones por parte de los accionistas minoritarios a favor de la sociedad matriz, recibiendo a cambio una compensación equivalente por la cesión de dicho derecho. Debe tenerse en cuenta que la compensación por la cesión de dicho usufructo no tiene la consideración de reparto de beneficios -porque no se efectúa directamente por la sociedad filial-, y tributa generalmente como ganancia de capital. Por tanto, vigente Convenio de doble imposición dicha ganancia de capital quedará igualmente *exenta* de tributación en el Estado de residencia de la filial, provocándose un efecto similar al de la aplicación de la Directiva a pesar de no poseerse la participación mínima exigida para ello.

Esto es, a nuestro entender, las acciones poseídas en usufructo generan el derecho a beneficiarse de la exención de la retención en origen si el usufructuario tiene la condición de sociedad matriz, pero no pueden tenerse en cuenta para la consideración de dicha sociedad como sociedad matriz respecto de la sociedad que distribuye los beneficios (32). Ello es posible porque la participación sustancial y el período mínimo de posesión constituyen condiciones para la consideración de las sociedades/entidades como matriz y como filial, sin restringir *per se* el ámbito de rentas afectadas por la Directiva a las rentas generadas por dicha participación sustancial.

La Administración española entiende que el receptor del dividendo debe ostentar la condición de socio, negando que el usufructuario pueda disfrutar del régimen al no concurrir en él el requisito de la participación en el capital, que concierne al nudo propietario al ostentar la condición de socio (Resolución de 8 de junio de 1992) (33). Sin embargo, ya hemos indicado que dicha apreciación no es válida para el artículo 5 de la Directiva que no exige la percepción *en condición de socio* y que resulta difícilmente aceptable en el artículo 4 de la Directiva (34), en la medida en que a efectos internos se admite la aplicación de las medidas de eliminación de la doble imposición económica interna al usufructuario (Resolución de la DGT de 20 de marzo de 2001).

3.2.1.3. La prima de emisión de acciones

Desde la Ley 6/2000, de 23 de diciembre, la distribución de la prima de emisión tiene un régimen

(32) Una posición diferente se sostiene en Cuatrecasas, (2003), p. 262-263, basándose en un criterio económico de participación en el capital, y en una proyección no discriminatoria de la interpretación mantenida para la eliminación de la doble imposición económica interna (Resolución de la DGT de 20 de marzo de 2001). Sin embargo, este tratamiento tributario discriminatorio se refiere al receptor de las rentas por parte del Estado de la matriz, y no al tratamiento que debe otorgarse en sede del Estado de la filial. El artículo 4 de la Directiva da cobertura a dicha exclusión del ámbito de la Directiva, aunque la proyección del principio de no discriminación tal y como ha sido realizada por el TJCE en *Bosal* debería llevar a una extensión del trato nacional a los dividendos transfronterizos recibidos aún por título distinto de la condición de socio.

(33) A favor de la posición administrativa, Martín Jiménez, A. y Calderón Carrero, J.M., (1999), p. 208.

(34) Para Vanistendael, F. (1992), p. 604, la Directiva cubre cualquier distribución basada en los derechos como accionista de la matriz sobre la filial, pero no otras retribuciones percibidas por la matriz. Igual posición parece sustentar Helminen, (1999), p. 147, al considerar que la obtención de rentas *en condición de socio* resulta igualmente exigible en la aplicación del artículo 5, teniendo su inclusión en el artículo 4 una mera naturaleza clarificadora. Posición ésta que luego contradice al exigir la aplicación simétrica del artículo 5 a todos aquellos pagos que reciban un tratamiento tributario similar al de dividendos por parte del Estado de la filial. *op. cit.*, p. 148 y otras.

tributario mixto, minorando en primer lugar el valor de adquisición de las acciones o participaciones hasta su anulación, y considerando el exceso como rendimiento de capital mobiliario derivado de la participación en fondos propios de entidades.

Sin embargo, la prima de emisión genera una reserva que no está constituida por beneficios no repartidos (35) y no se dota con cargo a dichos beneficios (36). En consecuencia, y a priori, la distribución de la prima de emisión de acciones no debería beneficiarse de la aplicación de la Directiva —en cuanto al Estado de la filial se refiere— ni tan siquiera por lo que se refiere al exceso frente al valor de adquisición de las acciones. Sin embargo, y como pone de manifiesto el análisis realizado por el bufete Cuatrecasas (37), al prever un régimen general del tratamiento de la distribución sin distinguir las condiciones de exigencias de dicha prima ni el destinatario de su distribución, pueden generarse diversas situaciones en las que se produzca una traslación patrimonial de unos socios a otros o de la sociedad a los mismos con diferentes —e incoherentes— consecuencias tributarias. De ahí que en algunos supuestos específicos, la distribución de la prima de emisión pueda resultar *equivalente* a la distribución de reservas que tenía la sociedad antes de su desembolso y, en consecuencia, debería exigirse el tratamiento equiparable, conforme a los dictados de la jurisprudencia *Bosal*.

3.2.1.4. Los supuestos de reducción de capital

La normativa mercantil (art 163 LSA) considera que la reducción de capital procede cuando la entidad pretende devolver aportaciones, condonar dividendos pasivos o constituir o incrementar reservas voluntarias, así como para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio de la sociedad disminuido como consecuencia de pérdidas o la constitución o incremento de la reserva legal, supuestos estos dos últimos en los que se realiza una mera reducción nominal o contable.

El régimen tributario aplicable a las reducciones de capital con devolución de aportaciones ha sufrido en los últimos tiempos diversas modificaciones, tanto por lo que se refiere al ámbito del IRPF como en el IRNR. En virtud de las remisiones del IRNR, la calificación de las rentas que se infiere del artículo 31.3.a) TRLIRPF resulta relevante.

(35) Sobre la superación de la naturaleza de la prima de emisión como beneficio, y a favor de su consideración como aportación suplementaria y de nivelación, vid. Sánchez, A. (1994), p. 83 y ss.

(36) Vid. Cuatrecasas, (2003), p. 267.

(37) (2003) p. 266-272.

El principio que rige el régimen tributario de dichas reducciones es que las aportaciones o devoluciones no generan renta en tanto dicha reducción, aportación o devolución no exceda el valor de lo aportado en su día (38). Conforme con dicho criterio, y en atención a lo dispuesto en el artículo 31.3.a) TRLIRPF, tras la redacción otorgada por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, en las reducciones de capital con devolución de aportaciones debe hacerse a efectos fiscales la distinción entre la parte de lo entregado al socio que corresponde al valor de adquisición que se reduce y la parte que corresponde a reservas de la sociedad. La anulación del valor de adquisición se realizará, en primer lugar, sin que dicha reducción pueda determinar resultados positivos o negativos. En cambio, el exceso de la devolución, al quedar gravado en todo caso como un rendimiento de capital mobiliario, se entiende realizado con cargo a reservas acumuladas que no quedan afectadas por el artículo 31.3 del TRLIRPF, sino por el artículo 23.1 de la LIRPF, por lo que, incluso, generan derecho a la deducción por doble imposición, reflejando el derecho del socio a participar en las ganancias sociales (39).

Esta calificación, a efectos del IRPF, tiene plena relevancia a efectos del IRNR (40), por lo que constituyendo el exceso de la devolución de aportaciones respecto del valor de adquisición de los valores o participaciones un rendimiento procedente de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, e incluso aunque proceda de *beneficios no distribuidos*, debe tener la consideración de distribución de beneficios a los efectos de la aplicación de la Directiva; concepto éste que casa con las exigencias de la Directiva, a efectos de la aplicación del artículo 5, actuando España como Estado de la filial.

(38) Para Martín Benítez, G. (2004), p. 37-39, la renta se genera a partir de la devolución del importe correspondiente al *nominal* del capital objeto de reducción, lo que comporta que en ocasiones se someta a gravamen una renta que, desde el punto de vista económico no es tal, cuando el precio de adquisición de los valores -acciones, participaciones,...- se realiza por encima de su nominal.

(39) Martín Benítez, G. (2004) p. 39.; Lucas Durán, M. (2000), p. 211; Almudí Cid, J.M.; Galán Sánchez, R. (2001), p. 43. La solución del legislador fiscal, respaldada por la doctrina, difiere, por tanto, de la propuesta por la doctrina mercantil. Para Vicent Juliá, E. la reducción de capital con restitución de aportaciones a los socios debe considerarse a efectos mercantiles y fiscales como una operación sustancial y unitaria, sin que se deba distinguir entre la restitución de aportaciones hasta el límite del capital nominal o lo efectivamente aportado por el socio, y de distribución de reservas en la parte que exceda, a modo de distribución de dividendos (1999), p. 417.

(40) Carmona Fernández, N. (2003), p. 239.

3.2.1.5. Rentas calificadas convencionalmente como dividendo

Otro grupo de rentas que pueden quedar afectadas por la aplicación de la Directiva está formado por aquellas rentas que, a efectos de la aplicación de un Convenio de doble imposición, merecen la calificación de dividendo. En la mayoría de las ocasiones, la calificación como dividendo coincidirá en el plano interno y en el convencional, al contener la mayoría de los Convenios y los Modelos de Convenio una cláusula de remisión a la normativa del Estado *de la filial*, por lo que estos pagos tendrán la consideración de distribución de beneficios a los efectos de la Directiva.

Sin embargo, el concepto *convencional* de dividendo es propio, aunque en su formación intervienen elementos exclusivos definidos por el Convenio y elementos de renta concretados por remisión a la normativa del Estado de la entidad pagadora del rendimiento. Siguiendo a Vogel (41), el concepto de dividendos a efectos del Convenio se desglosa en tres partes diferenciadas:

a) Determinados elementos que tienen la consideración de dividendos a efectos del Convenio: rendimientos de acciones, acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas y de las partes de fundador.

b) Derechos asimilables a los dividendos: otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en beneficios.

c) Derechos asimilados en virtud de la remisión al Derecho tributario nacional del país de residencia de la sociedad pagadora de los dividendos; rendimientos de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que hace la distribución sea residente.

Con carácter general, las rentas que merezcan la calificación de dividendos *a efectos convencionales* podrán beneficiarse de la aplicación de la Directiva si se dan el resto de condiciones para su aplicación, puesto que en todos los casos implican la obtención de una renta consistente en la participación en beneficios obtenidos por la entidad pagadora -sociedad filial-. En la medida en que el artículo 5 de la Directiva no exige la obtención de dicha renta *en condición de socio* consideramos que las asimilaciones convencionales al trato de dividendo permitirán su consideración como *distribución de beneficios* a efectos del artículo 5 de la Directiva.

(41) Vogel, K. (1997), p. 649. En el mismo sentido, Lucas Durán, M. (2000), p. 183.

Mención especial merecen las partes de fundador (arts. 11 y 25.1 LSA) o las partes de minas. Dichos rendimientos se obtienen con cargo a beneficios pero no en condición de socio, sino en condición de fundador, como retribución de los servicios prestados a la sociedad pagadora (42). Conforme a la legislación interna, dichos pagos merecen la consideración de *rendimientos del trabajo*, en virtud de lo establecido en el artículo 16.2.g) del TRLIRPF. Sin embargo, considerando que el artículo 5 no exige la percepción en condición de socio, sino únicamente la relación matriz-filial como condición subjetiva de los sujetos receptor y pagador del beneficio distribuido, dichas *retribuciones* podrían quedar afectadas por la aplicación de la Directiva. De este modo, merecerían el mismo tratamiento la retribución de prestaciones accesorias de los socios mediante participación en beneficios (arts. 36, 52, 60, 63, 65 LSA), o de los administradores que tengan la condición de socios (art. 130 LSA). En contra de dicha extensión puede alegarse, no obstante, que en dichos supuestos no se generará doble imposición económica, en la medida en que no formarán parte de las rentas sometidas a gravamen en sede de la filial, constituyendo gastos deducibles de su base. Sin embargo, y así lo confirma la línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal de Luxemburgo, la aplicación de las medidas previstas por el artículo 5 de la Directiva por parte del *Estado de la filial* no queda condicionada al hecho de la *posterior generación de un supuesto de doble imposición económica*, sino que resultan aplicables de forma incondicionada por la verificación de sus presupuestos objetivos y subjetivos.

3.2.1.6. Otros supuestos que no tienen la consideración de retribución del capital propio en la legislación española

Existen otros supuestos de *distribución de beneficios*, de conformidad con la normativa mercantil anteriormente mencionada que, a pesar de que en nuestro país tengan una calificación fiscal distinta a la de *dividendo* cuando se procede a su *distribución* por parte de la filial, aunque irregular, de sus beneficios previamente obtenidos. Nos referimos a los supuestos de disolución de la sociedad, separación del socio, fusión, escisión o absorción de la sociedad filial. En estos supuestos, la entidad filial procede a la restitución a los socios afectados no únicamente de su valor de participación inicial, sino de su cuota participativa en la liquidación social. Confirma esta consideración del exceso sobre el importe de la participación como una auténtica distribución de dividendos, en el sentido de la Directiva, el propio

artículo 4 de dicha Directiva, al *exceptuar* su aplicación –a los efectos de dicho artículo, y solo de dicho artículo–, a la distribución *por motivos distintos de la liquidación de la sociedad*.

En consecuencia, desde una perspectiva exclusivamente comunitaria, dichos beneficios quedan afectados por el artículo 5, y en consecuencia, por la interdicción de aplicar ninguna retención en origen sobre su distribución por parte de la filial a la matriz.

En nuestro ordenamiento tributario, a pesar de que el artículo 23.1.a).4º del TRLIRPF considera como rendimientos derivados de la participación en los fondos propios "*cualquier otra utilidad, distinta de las anteriores, procedente de una entidad por la condición de socio, accionista, asociado o participe*", dichas rentas merecen la calificación de ganancias de patrimonio, siendo evidente que el derecho de liquidación constituye uno de los derechos económicos del socio o accionista (art. 48.2.a) de la LSA, derecho de participar en el patrimonio resultante de la liquidación). En efecto, el artículo 35.1.e) del TRLIRPF establece normas específicas para el cómputo de la ganancia –o pérdida– patrimonial "*en los casos de separación de los socios o disolución de sociedades*".

A efectos de la aplicación del artículo 5, la Directiva prohíbe que el Estado de la filial aplique una *retención en origen* sobre dicha *distribución de beneficios*, cualquiera que sea la calificación tributaria interna de la renta y la manifestación de dicha retención. En la normalidad de los casos, este gravamen no resultará exigible como consecuencia de la aplicación del precepto de los Convenios de doble imposición que siguen los dictados del artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE. Sin embargo, tal como indicamos en la nota a pie de página número 25 *supra*, en algunos supuestos el Convenio permite el gravamen de la ganancia de capital al Estado de la filial –sociedades inmobiliarias, participaciones sustanciales...–. Asimismo, algunas de las relaciones bilaterales de España con ciertos Estados miembros no se encuentra todavía condicionada por la aplicación de un Convenio de doble imposición –Malta, Chipre–.

En estos supuestos, en los que el Convenio permitiría la aplicación del gravamen sobre la ganancia de capital conforme a lo previsto en la LIRNR, debe resultar de aplicación la exención del artículo 14.1.h) TRLIRNR, atendiendo a que el gravamen exigible en virtud de la LIRNR sobre la ganancia tiene la consideración de *retención en origen*, en atención al momento de gravamen –en la distribución y por tanto en origen– y a la configuración del hecho imponible –obtención de un beneficio como consecuencia del pago o distribución del beneficio realizada por la filial–.

(42) Lucas Durán, M. (2000), p. 218.

3.2.2. *Los rendimientos derivados de instrumentos híbridos*

Los instrumentos híbridos son aquellos activos financieros que participan de características mixtas, en parte tradicionalmente asignadas a los instrumentos de deuda y en parte correspondientes a los instrumentos de capital propio. La evolución y desarrollo de las técnicas financieras permiten ajustar las necesidades de financiación a la posición de las partes, permitiendo hibridar las posiciones jurídicas y económicas del inversor y de la entidad financiada, o las características de la remuneración de la inversión (43), quebrando la clásica distinción entre capital propio y capital ajeno y sus remuneraciones correspondientes.

Desde otra perspectiva, se consideran instrumentos financieros híbridos aquellos que merecen una calificación tributaria distinta en el Estado del inversor y en el Estado de la inversión. Desde esta perspectiva, cobra enorme importancia la implicación de la Directiva ante esa divergencia de calificación tributaria entre ambos Estados, puesto que dicha diferencia puede generar tanto un conflicto de doble imposición irresuelto como una situación de doble no-imposición favorable a los intereses del inversor, pero en perjuicio de la posición en el mercado de otros inversores y, como no, de los intereses financieros de los Estados implicados.

Como indicamos anteriormente, son variados los instrumentos híbridos presentes en el mercado: obligaciones convertibles, obligaciones con cláusula de participación, préstamos participativos, acciones con interés, acciones con dividendo mínimo, derechos híbridos a participar en beneficios, acciones sin voto, acciones preferentes, acciones subordinadas o préstamos de valores, por mencionar los más representativos.

Desde la perspectiva de la aplicación de la Directiva, interesa verificar si puede establecerse algún criterio *comunitario* de delimitación de las operaciones que determinan la exigibilidad de las obligaciones de la Directiva. En ausencia de una definición comunitaria expresa, hasta la fecha los Estados miembros han gozado de cierto margen de discrecionalidad para *extender* la eliminación de la retención en origen a algunos rendimientos híbridos. De acuerdo con la mayoría de los comentaristas, es la legislación del Estado de la filial la que determina la extensión de dicha asimilación y, en consecuencia, la anulación de la retención en origen (44).

(43) Con carácter general sobre la utilización y desarrollo de estos instrumentos financieros, *vid.* Vilarroig Moya, R. (1998). Edwardes, W. (2001).

(44) Helminen, M. (2001), p. 236.

Este es el grupo de rendimientos en los que se aprecia un mayor margen de discrepancia en la calificación de las rentas en el Estado de la filial y el Estado de la matriz, y en consecuencia, el ámbito que necesita un mayor perfil en cuanto a la aplicación. Sin embargo, a nuestro entender, la *extensión* del trato comunitario deriva de una *decisión del legislador estatal* y no, hasta la fecha presente, de una exigencia de la Directiva matriz-filial y de su ámbito objetivo de aplicación; aunque en algunos supuestos, podría derivar de una exigencia de la interdicción comunitaria del tratamiento discriminatorio.

3.2.2.1. La delimitación por parte de la Propuesta de Directiva sobre intereses y cánones

La aprobación de una Directiva comunitaria relativa al tratamiento tributario de los *intereses* satisfechos entre entidades asociadas abría la expectativa de una *delimitación comunitaria*, aunque fuera por exclusión o delimitación negativa, de las rentas amparadas por la Directiva matriz-filiales. Sin embargo, la aprobación definitiva de la Directiva 2003/49/CE ha dado al traste con los criterios de delimitación que se contenían en su propuesta de delimitación indirecta de las rentas afectadas por la aplicación de la Directiva 90/435/CEE.

En efecto, el artículo 4, párrafo segundo de la Propuesta de Directiva sobre pago de intereses y cánones (45) establecía que en los supuestos previstos por el artículo 4.1 actual, "*los intereses recalificados como reparto de beneficios quedarán, por su parte, sometidos a lo dispuesto en la Directiva 90/435/CEE del Consejo cuando su pago se realice entre empresas a las que sea de aplicación la presente Directiva*".

Conforme a dicho precepto, los intereses recalificados como dividendos bajo la normativa interna del Estado de la filial, quedaban sometidos a las exigencias de la Directiva matriz-filiales, siempre que, a su vez, se dieran las condiciones que permitirían su aplicación, ya que las condiciones de vinculación en ambas Directivas no son coincidentes (46). Se reconocía de este modo la capacidad del Estado de la fuente para atribuir la calificación *comunitaria* de la distribución de beneficios a efectos de la Directiva (47). Téngase presente que, según la

(45) Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, presentada por la Comisión el 6 de marzo de 1998, COM (1998) 67 final. DOCE C123, de 22 de abril de 1998, p. 9.

(46) Weber, D. (2000), p. 21 y ss. Brokelind, C. (2003b), p. 166.

(47) Esta propuesta coincidía con la formulada por Helminen, M. (1999), p. 222.

Propuesta de Directiva sobre el pago de intereses, la calificación otorgada por el Estado de la filial determinaba el sometimiento a lo dispuesto en la Directiva 90/435/CEE, y no únicamente la aplicación del artículo 5 de dicha Directiva en el Estado de la filial. Se solucionaba, de esta forma indirecta, mediante una Directiva paralela, los problemas de calificación divergente de los rendimientos intra-grupo en la aplicación de la Directiva matriz-filiales.

3.2.2.2. La delimitación por parte de la Directiva 2003/49/CE

Sin embargo, la versión finalmente aprobada de la Directiva intereses-cánones ha eliminado de su articulado el artículo 4 segundo párrafo de la Propuesta, desapareciendo con ello la clara delimitación del concepto de *distribución de beneficios* que podía inferirse con la misma (48). En la versión finalmente aprobada, no existe un criterio positivo claro que determine la vinculación del Estado de la matriz con la calificación otorgada al rendimiento repartido por la legislación del Estado de la filial, ni acerca de la validez de los criterios adoptados por cada Estado miembro actuando como Estado de la matriz para indicar el alcance de la expresión *distribución de beneficios* en aquellas situaciones limítrofes con la retribución de la cesión de capitales propios a terceros. Algunos autores han estimado que el diferente ámbito de aplicación de ambas Directivas y los diferentes mecanismos de recalificación de rentas empleados por cada ordenamiento interno son los causantes de su omisión final (49).

En la versión final de la Directiva 2003/49/CE (50), en cambio, aparecen otros criterios que permiten también, en menor medida, ayudar a perfilar el concepto *distribución de beneficios* utilizado por la Directiva matriz-filiales.

En primer lugar, la Directiva 2003/49/CE establece un concepto comunitario de intereses, a los efectos de la Directiva, en su artículo 2.a), de forma amplia y escueta: "*rendimiento de los créditos de cualquier*

clase, estén o no garantizados por una hipoteca o una cláusula de participación en los beneficios del deudor, y en particular el rendimiento de bonos y obligaciones, incluidas las primas y lotes vinculados a éstos. Los retrasos por pago atrasados no se consideran intereses".

Esta definición, que guarda importantes similitudes con la contenida en el artículo 11 del Modelo de Convenio de la OCDE, incluye en su ámbito de aplicación incluso a los créditos que contienen una *cláusula de participación en los beneficios del deudor*. Incluyéndose estos instrumentos en el ámbito de aplicación de la Directiva intereses-cánones no parece apropiado considerar que los mismos puedan beneficiarse, al mismo tiempo, de la aplicación de la Directiva matriz-filiales.

No obstante, esta conclusión resulta matizada por dos factores. El primero, que la definición se formula a los efectos de la Directiva, por lo que debe decidirse si tiene efectos *exclusorios* en la aplicación de otras Directivas comunitarias. El segundo, que la definición general debe interpretarse de forma conjunta con el artículo 4 de la Directiva, que permite a los Estados miembros de origen del interés denegar la aplicación para determinados supuestos allí enunciados, lo que restringe la aparente amplitud del concepto genérico.

Por lo que respecta a la primera cuestión, parece evidente que el Estado de la filial (51) no podrá aplicar ambas Directivas a un mismo rendimiento o pago, de forma que la aplicación de la Directiva intereses-cánones tendrá un efecto de exclusión de la aplicación de la Directiva matriz-filiales. Sin embargo, la trascendencia de dicho efecto -limitado o expansivo- radica en determinar la posible vinculación del Estado de la matriz, respecto a la calificación del Estado de la filial. Y este efecto ha quedado desvirtuado, de todos modos, con la sustitución del anterior segundo párrafo del artículo 4 de la Propuesta de Directiva por el actual. En consecuencia, y en última instancia, la trascendencia o no de la calificación otorgada por el Estado de la filial sobre el Estado de la matriz, sin perjuicio de las consideraciones que realizaremos en el punto siguiente, queda en manos del Estado de la matriz y de la configuración de su propia legislación tributaria en conformidad con las exigencias de la primacía del ordenamiento comunitario.

(48) Helminen, M., sin embargo, entiende todavía aplicable la solución de la propuesta bajo la actual Directiva, basándose en la opinión de la Comisión Europea al respecto, (2004), p. 60-61.

(49) Brokelind, C. (2003b), p. 166. Para un análisis de las diferencias en los respectivos ámbitos de aplicación *vid.* Distaso, M. y Russo, R. (2004), p. 143 y ss.

(50) Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros (DOUE L157 de 26 de junio de 2003, p. 49 y ss).

(51) La Directiva intereses-cánones resulta aplicable también en los supuestos en los que el deudor es la matriz y la prestamista la filial, o cuando los intereses se abonan entre dos entidades filiales de una matriz común. Sin embargo, el supuesto conflictivo, en el que resulta necesaria la delimitación, es aquél en el que la matriz asume -además de la posición de accionista- la posición de prestamista respecto de la filial.

Es más, la correlación entre ambas Directivas tiene trascendencia, fundamentalmente, en dos aspectos:

a) Atendiendo a la respuesta del Estado de la filial, en la asignación inter-nacional de las rentas entre los Estados intervinientes, determinando el Estado que somete a gravamen estas rentas transfronterizas; de calificarse como distribución de dividendos, la renta se asigna al Estado de la filial; de calificarse como interés, la renta se asigna al Estado de la matriz—sin perjuicio de algunas matizaciones que se incorporan en algunas legislaciones internas, como sucede con respecto al tratamiento tributario de las acciones preferentes—.

b) Atendiendo a la respuesta del Estado de la matriz, en la eliminación o mantenimiento de la doble imposición intersocietaria, o en la generación de situaciones de doble no imposición (52). Las dos últimas situaciones resultan contrarias a los objetivos últimos de neutralidad que pretenden conseguir ambas Directivas, si bien la reacción frente a la situación de doble no imposición no se encuentra claramente regulada en el ordenamiento comunitario ni asumida por el mismo.

En segundo lugar, el artículo 2.a) debe interpretarse conjuntamente con las exclusiones contenidas en el artículo 4.1. De acuerdo con este precepto, "El Estado miembro de origen no estará obligado a garantizar las ventajas de la presente Directiva en los casos siguientes:

a) los pagos que se traten como distribución de beneficios o como reembolso del capital, con arreglo a la legislación del Estado de origen;

b) los pagos procedentes de créditos que comprendan un derecho a participar en los beneficios del deudor;

c) los pagos procedentes de créditos que autoricen al acreedor a cambiar su derecho a intereses por un derecho a participar en los beneficios del deudor;

d) los pagos procedentes de créditos que no contengan disposiciones sobre la devolución del principal o cuya devolución sea devengable más de 50 años después de la fecha de emisión".

(52) En la medida en que tanto la Directiva matriz-filiales como la Directiva intereses-cánones obligan a renunciar a la competencia tributaria al Estado en el que se encuentra la entidad pagadora de las rentas afectadas, la eliminación de las situaciones de doble imposición y doble no-imposición, dependerá de la correlación entre el tratamiento de la normativa interna del Estado de la entidad pagadora hacia estos pagos y el mecanismo utilizado por el Estado de la matriz para eliminar la doble imposición inter-societaria internacional.

La redacción final del artículo 4.1 confirma que la exclusión de unas rentas del ámbito de aplicación de la Directiva intereses-cánones, en atención a su carácter híbrido, no determina, *per se*, la aplicación de la Directiva matriz-filiales. Los Estados miembros pueden excluir la aplicación de la Directiva sin tener que aplicar la exención de retención en el Estado de la fuente, y sin tener que modificar la calificación de dicha renta como *interés* (53).

Es más, al configurarse esta exclusión como potestativa, es posible que instrumentos similares merezcan una calificación distinta en diferentes Estados y que en algunos Estados resulte aplicable la Directiva intereses-cánones mientras que otros se decanten por aplicar la Directiva matriz-filiales, o bien, finalmente, otros, concluyan la no aplicación de ninguna de las medidas que afectan al Estado de origen/Estado de la filial pagadora de las rentas. En consecuencia, en última instancia debe ser la legislación del Estado de la filial la que acabe por concretar, a efectos de la aplicación del artículo 5 de la Directiva, qué rentas se benefician de su régimen jurídico, al considerarse como *distribución de beneficios*.

En consecuencia, la aprobación de la Directiva intereses-cánones no ayuda a delimitar el sentido *comunitario* de la expresión *distribución de beneficios* utilizada en la Directiva matriz-filiales, a diferencia de lo que sucedía con la Propuesta presentada en 1998. El legislador comunitario ha dejado pendiente la fijación del concepto comunitario y, a su vez, la correlativa aplicación de ambas Directivas.

3.2.2.3. Análisis del régimen de algunos instrumentos híbridos en nuestro ordenamiento: las acciones preferentes y los préstamos de valores

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, permite atraer hacia el mercado nacional la captación de recursos del exterior que hasta el momento se realizaba mediante la emisión de activos en

(53) En el mismo sentido, Distaso, M y Russo, R. (2004), p. 150. Debe matizarse la afirmación, no obstante, por lo que respecta a las rentas comprendidas en el artículo 4.1.a) de la Directiva, en la que expresamente se indica que los pagos, conforme a la legislación del Estado de origen "se traten como distribución de beneficios o como reembolso del capital". Pero ni tan siquiera en este supuesto, la Directiva 2003/49/CE considera que la recalificación *debe* comportar la aplicación de la Directiva 90/453/CEE, aunque en este caso la recalificación tributaria interna debería comportar su aplicación.

determinadas zonas de baja tributación. Para ello se introduce una nueva Disposición Adicional Segunda en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros, en la que se establecen los requisitos a cumplir por la emisión de *participaciones preferentes* en nuestro país con la intención de captar recursos financieros en el exterior.

La característica principal de dichas participaciones preferentes, como consecuencia del régimen fiscal recientemente regulado, consiste en el régimen tributario aplicable a las mismas. La retribución de las participaciones preferentes tiene la consideración de retribución del capital propio [Disp. Ad. 2ª.2.b), Ley 13/1985]. Sin embargo, en el caso de obtenerse dichas rentas por parte de sujetos del IRNR, a pesar de la calificación genérica resulta aplicable la exención *en los mismos términos establecidos para los rendimientos derivados de la deuda pública en el artículo 14.1 TRLIRNR* [Disp. Ad. 2ª.2.d), Ley 13/1985] –dividendo– que puede beneficiarse de la exención prevista en el artículo 14.1.h) del TRLIRNR y, al mismo tiempo, dichos pagos tienen la consideración de gasto deducible para la entidad pagadora.

La dicción en apariencia contradictoria no debiera confundir en torno a la calificación del rendimiento y a la posibilidad de aplicar la Directiva 90/435/CEE. En principio, la aplicación de la exención específica prevista para los rendimientos de la deuda pública no debería afectar a la calificación del rendimiento obtenido por el no residente. Conforme a los criterios legales de calificación, la renta obtenida debería considerarse como rendimiento derivado de la participación en el capital propio y, en consecuencia, la retribución de las acciones preferentes debería beneficiarse de la aplicación de la Directiva 90/435/CEE si se dan las condiciones para ello.

De este modo, podría considerarse que el legislador español extrae de la aplicación de la Directiva dichas rentas con la finalidad de extender el ámbito de la exención de la retención en la fuente a personas y entidades que, conforme a las exigencias de la Directiva, y del artículo 14.1.h) TRLIRNR, no podrían beneficiarse de la misma –dejando de aplicar en consecuencia la *cláusula antiabuso* de este precepto–. Sin embargo, el RD 1778/2004 de 30 de julio, por el que se establecen obligaciones de información respecto de las participaciones preferentes y otros instrumentos de deuda y de determinadas rentas obtenidas por personas físicas residentes en la Unión Europea, *confirma* la calificación de las *participaciones preferentes* como *activos financieros* –art. 17– y, por tanto, la consideración de las rentas generadas por las mismas

como rentas derivadas de la cesión a terceros de capitales propios, sometidas a las obligaciones de información establecidas en la Directiva 2003/48/CE y no a la aplicación de la Directiva 90/435/CEE.

Las acciones preferentes, de acuerdo con su régimen regulador, tienen derecho a una remuneración predeterminada de carácter no acumulativo, siempre que existan beneficios distribuibles en la entidad de crédito dominante o en el grupo o subgrupo consolidable, sin otorgar a sus titulares derechos políticos ni derechos de suscripción preferente respecto de futuras emisiones, tienen carácter perpetuo y cotizan en mercados secundarios organizados. Las participaciones preferentes no comportan derechos de voto, puesto que éstos deben corresponder en su totalidad directa o indirectamente a una entidad de crédito dominante de un grupo o subgrupo consolidable de entidades de crédito y cuya actividad u objeto exclusivos sea la emisión de participaciones preferentes, debiendo depositar los recursos obtenidos en su totalidad en la entidad de crédito dominante u otra entidad del grupo o subgrupo consolidable. En los supuestos de disolución o liquidación darán derecho exclusivamente a obtener el reembolso de su valor nominal junto con la remuneración devengada y no cobrada, situándose en el orden de prelación inmediatamente detrás de todos los acreedores, ordinarios o no, y delante de los accionistas ordinarios y, en su caso, de los cuotaparticipes.

3.2.3. *Incidencia de las normas anti-elusión sobre la formulación del concepto de distribución de beneficios*

La doctrina mercantil califica la aplicación de resultados fuera del procedimiento regular en distribuciones atípicas y distribuciones encubiertas de beneficios (54). Las aplicaciones atípicas de resultados comprenden la distribución y aplicación extraordinaria de beneficios, los dividendos a cuenta, las restituciones y aportaciones en caso de separación y exclusión del socio, o como consecuencia de la liquidación de la sociedad, o bien como consecuencia de contratos entre la sociedad y el socio. Las implicaciones de la Directiva sobre estos supuestos han quedado analizadas en los apartados anteriores.

La distribución indirecta de beneficios comprende la utilización de mecanismos no previstos al efecto ni para dicha finalidad para proceder a la retribución del capital invertido por el socio (55). La mayoría de la doctrina alemana, citada por la española al efecto

(54) Fernández del Pozo, L. (1997), p. 43.

(55) Esteve Pardo, M.L. (1996).

(56). considera que existe distribución encubierta cuando existe una "desproporción objetiva de las prestaciones, de suerte que un ordenado comerciante y representante leal, actuando según los principios que rigen la actividad empresarial, en igualdad de circunstancias y bajo las mismas condiciones, no hubiera celebrado ese contrato con un tercero ajeno a la sociedad". Desde la perspectiva mercantil, se restituye la situación mediante la debida aplicación de las normas de aplicación de resultados, considerando aplicable la normativa correspondiente a la causa verdadera del contrato, considerando que la distribución se encubre en un negocio simulado, como ocurre con los préstamos sustitutivos de capital o las operaciones entre personas vinculadas.

Desde la perspectiva tributaria, tanto nacional como internacional, las distribuciones encubiertas de beneficios suelen atajarse mediante la aplicación de las exigencias del principio *at arm's length*, si bien concretado en una diversidad de técnicas, métodos y alcances. Por otra parte, la restitución de la situación real de la empresa se lleva a cabo mediante determinadas cláusulas anti-evasión, tanto genéricas como específicas, que pasamos a analizar en relación con su incidencia en la aplicación de la Directiva 90/435/CEE.

No obstante, con carácter previo debemos realizar una serie de consideraciones generales. La Directiva matriz-filiales admite la aplicación de las normas estatales anti-abuso -artículo 1.2-, si bien la interpretación otorgada por el Tribunal de Justicia exige que las mismas respeten las exigencias derivadas del ordenamiento comunitario y en particular, el contenido de las libertades fundamentales y el principio de no discriminación (57).

De este modo la recalificación deberá respetar las exigencias del Derecho comunitario, tal y como vienen siendo interpretadas por el Tribunal de Luxemburgo (58).

3.2.3.1. La recalificación derivada de la aplicación de las normas de subcapitalización

Como consecuencia de la aplicación de las normas de subcapitalización, los intereses satisfechos a la

entidad vinculada dejan de ser deducibles para la sociedad que abona dichas rentas y, además, la norma interna los recalifica como dividendos.

Ante tal recalificación, debe decidirse si la misma tiene trascendencia a los efectos de la aplicación de la Directiva 90/435/CEE en el Estado de la filial; esto es, en el Estado cuya normativa interna dispone los efectos recalificadores para los supuestos de capitalización exigua. Podría decirse, sin embargo, que en España, como consecuencia de la modificación del artículo 20 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades -como consecuencia de la Ley 62/2003- la cuestión ha perdido cierta trascendencia, al incorporarse un nuevo apartado cuatro a la mencionada norma (59). De acuerdo con dicho precepto el régimen de subcapitalización no resulta de aplicación, a partir de 1 de enero de 2004, cuando la entidad prestamista vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado de la UE, salvo que resida en un territorio calificado como paraíso fiscal. Por ello, la aplicación de la normativa interna de subcapitalización no afectará a aquellos pagos transfronterizos que, procedentes de España, queden afectados por la aplicación de la Directiva 90/435/CEE (60).

La reforma llevada a cabo por la Directiva 2003/123/CE no aclara su posición al respecto (61), si bien la mayoría de los autores coincide en señalar la aplicación de la Directiva en el Estado de la filial sobre dichos pagos recalificados realizados por la filial -a su matriz-, en atención a las diferencias entre el artículo 5 y el artículo 4 de la Directiva.

En este sentido, el Abogado General Mischo, en su opinión sobre el caso C-324/00, Lankhorst-Hohorst, aboga claramente por la vinculación del Estado de la

(59) Cerdón Izquierdo, T.; Gutiérrez Lousa, M (2004), p. 528.

(60) Lo que no obsta para que, desde otra perspectiva, puedan plantearse dudas en torno a la adecuación de la norma interna tras su modificación (a) con las exigencias del ordenamiento comunitario, con las exigencias de la libre circulación de capitales -y su incidencia en los movimientos para con terceros países- (Cerdón Izquierdo, T. Gutiérrez Lousa, M. (2004), p. 528), y con las normas que regulan el Espacio Económico Europeo (Almudí Cid, J.(2004)). Dudas éstas, sin embargo, que provienen del Derecho comunitario originario y no de la interpretación de la propia Directiva.

(61) Maisto, G. (2004), p. 177-178. Para este autor, el hecho de que el artículo 5 no exija que la distribución se haga a la matriz en su condición de socio permite exigir que el mismo sea tenido en cuenta en cualquier distribución asimilada a los dividendos por la legislación tributaria del Estado de la filial. En cambio, este mismo argumento le sirve para denegar el mismo trato y vinculación en el Estado de la matriz, por lo que a juicio de Maisto, se consagraría una aceptación del carácter sancionador indirecto de las normas internas anti-evasión del país de la filial, puesto que el Derecho comunitario secundario no obligaría al Estado de la matriz a reaccionar en dicho caso, al no recibir la matriz dichos pagos en su condición de socio. (cit. p. 178).

(56) Fernández del Pozo, L. (1997), p. 44. Una posición contraria mantiene Paz-Ares, C. (1992), p. 10084 y ss.

(57) Vid. García Prats, F.A. (2002), cit.

(58) Al respecto, y en relación con la norma española de subcapitalización vigente antes de su derogación, vid. la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 2004 que la considera no sólo contraria a la libertad de establecimiento, sino también contraria a las cláusulas de no discriminación del Convenio de doble imposición hispano-holandés, al no contener una cláusula de salvaguardia específica. RCT Legislación 256/2004, p. 161 y ss.

filial a aplicar la Directiva en los supuestos de rentas recalificadas como dividendos a consecuencia de la aplicación de las normas internas de subcapitalización. En su opinión, el hecho de que en virtud de la legislación fiscal alemana se trate de un impuesto sobre los beneficios de la filial, en concepto de impuesto sobre sociedades, no significa por sí solo que la Directiva 90/435/CE no se aplique (párrafo 105). A lo que añade que la calificación de la normativa tributaria interna a la luz del Derecho comunitario "*corresponde efectuarla al Tribunal de Justicia en función de las características objetivas del tributo, con independencia de la calificación que le atribuya el Derecho nacional*" (párrafo 106). Sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo no se pronunció de forma explícita sobre dicho aspecto, al considerar suficientemente probada la vulneración de la libertad de establecimiento por parte de la normativa interna de subcapitalización.

Con todo, y siguiendo al Abogado General Mischo, que refiere la jurisprudencia del caso *Athinaiki Zythopoiia* "*el impuesto controvertido tiene por objeto rendimientos gravados solamente en caso de distribución de dividendos y dentro del límite de los dividendos distribuidos. Prueba de ello es que, como han destacado la demandante y la Comisión, la filial no puede compensar el aumento de su base imponible que genera la distribución de beneficios, en virtud del artículo 106, apartados 2 y 3, del Código del impuesto sobre la renta, con los rendimientos negativos de ejercicios anteriores, contrariamente al principio fiscal de compensación de pérdidas que, sin embargo, rige en el Derecho helénico*" (párrafo 112), de donde concluye el Abogado que, en relación con la normativa sobre subcapitalización "*el impuesto también tiene como hecho imponible el pago de dividendos (ocultos) y el gravamen está directamente relacionado con la cuantía de los dividendos distribuidos*" (párrafo 113, la cursiva es nuestra).

En consecuencia, siempre que pudiera probarse que los pagos transfronterizos encubren un auténtico pago de dividendos, el Estado de la filial quedaría vinculado por las exigencias de la Directiva, sin que para ello resultaran ni tan siquiera relevante la calificación tributaria prevista en dicho Estado (62).

3.2.4. *La aplicación del artículo 5 de la Directiva al impuesto complementario a las transferencias de beneficios por parte del establecimiento permanente*

Como punto final del análisis del concepto de distribución de beneficios transnacional empleado

por la Directiva en su artículo 5, debemos hacer una somera referencia a la ausencia de referencia a los Impuestos exigidos como consecuencia de la transferencia de *beneficios* desde el establecimiento permanente a la casa central que se aplican en algunos Estados miembros como España y Francia, y que tienen su máxima expresión en el *branch profits tax* estadounidense (Secc. 884 del IRC americano).

Este es un impuesto exigido como consecuencia de la *transferencia de beneficios* obtenidos por el establecimiento permanente a la casa central o a otro establecimiento permanente situado *fuera del Estado* en el que el primer establecimiento permanente se encuentra ubicado. Su generalización a partir de la década de los ochenta en algunos ordenamientos occidentales responde a los intentos de equiparar el tratamiento fiscal de las sucursales con las filiales de entidades extranjeras, con el objetivo de evitar la *menor tributación* de entidades extranjeras que deciden actuar en un Estado sin constituir una entidad diferente (63).

En España se regula esta *imposición complementaria* en el artículo 19.2 del TRLIRNR con el siguiente tenor:

"2. Adicionalmente, cuando las rentas obtenidas por establecimientos permanentes de entidades no residentes se transfieran al extranjero, será exigible una imposición complementaria, al tipo de gravamen del 15 por ciento, sobre las cuantías transferidas con cargo a las rentas del establecimiento permanente, incluidos los pagos a que hace referencia el artículo 18.1.a), que no hayan sido gastos deducibles a efectos de fijación de la base imponible del establecimiento permanente. La declaración e ingreso de dicha imposición complementaria se efectuará en la forma y plazos establecidos para las rentas obtenidas sin mediación de establecimiento permanente."

Sin embargo, como indica el párrafo tercero del mismo artículo 19, esta imposición complementaria no será aplicable a las rentas obtenidas en territorio español a través de establecimientos permanentes por entidades que tengan su residencia fiscal en otro Estado miembro de la Unión Europea. Seguramente, el legislador español es consciente de que la exigencia de dicha imposición complementaria a las entidades residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea sería contrario a las exigencias del ordenamiento comunitario, no sólo a la libertad de establecimiento, sino también, a nuestro entender, con

(62) En el mismo sentido, Maisto, G. (2004), p. 178.

(63) Para más detalles *vid.* García Prats, F. A. (1996), p. 304 y ss.

las disposiciones de la Directiva matriz-filiales desde la necesaria interpretación de la misma bajo las exigencias de dicha libertad de establecimiento (64).

La Directiva 2003/123/CEE extiende, en su artículo 1, la acción de sus efectos a determinados pagos realizados al establecimiento permanente. En concreto, regula los pagos realizados *al establecimiento* desde una filial de la casa central, así como los pagos *recibidos por* dicho establecimiento permanente de una filial de la casa central –con determinadas exclusiones que no son objeto del presente comentario–. Sin embargo, omite la referencia a los pagos realizados *por el establecimiento* permanente, a su casa central, o directamente a la matriz de su casa central.

Es cierto que la Directiva 90/435/CE no menciona a dichos pagos transfronterizos entre su ámbito de aplicación; sin lugar a dudas, porque, a primera vista, estos movimientos transnacionales de capitales –o de bienes y derechos– no encaja dentro de los parámetros objetivos de aplicación de la Directiva. En este supuesto no existen dos entidades *jurídicamente independientes* que realicen un pago transfronterizo y, por tanto, no se genera doble imposición *económica internacional* con la exigencia de esta imposición complementaria o adicional. Además, dicha imposición complementaria resulta contraria a la mayoría de los Convenios de doble imposición, en especial aquellos que siguen las pautas del Modelo de Convenio de la OCDE o del Modelo de Convenio de la ONU, por vulnerar las exigencias de sus artículos 10.5 y 24.3. En consecuencia, la previsión de dicha imposición complementaria en el ordenamiento de algún Estado miembro tendría un ámbito limitado de aplicación en la medida en que la mayoría de las relaciones bilaterales entre Estados miembros están cubiertas por la aplicación de un Convenio de doble imposición, si bien la ampliación de la Unión Europea a los nuevos Estados miembros desde el 1 de mayo de 2004 ha ampliado el número de dichas relaciones bilaterales sin Convenio aplicable.

No obstante, existen diversos argumentos que abogan por una extensión del ámbito objetivo de aplicación del artículo 5 de la Directiva a las remesas efectuadas por el establecimiento permanente a su casa central.

Estamos, fundamentalmente, ante una remesa transfronteriza de beneficios obtenidos en un Estado mediante establecimiento permanente hacia otro Estado. En segundo lugar, dicha imposición complementaria –adicional– no se produce en los

supuestos de pagos internos entre un establecimiento permanente y su casa central en el caso de que ambos estén situados en el mismo Estado –ni tan siquiera procede la aplicación de una retención a cuenta del impuesto exigible a la casa central–. En tercer lugar, de no eliminarse dicha imposición complementaria se puede generar una sobreimposición en dichas actividades transfronterizas respecto de la imposición existente a nivel interno, vulnerándose de este modo las libertades fundamentales económicas. Se debe añadir, a estos efectos, que el artículo 5 de la Directiva no exige para la eliminación de la retención en la fuente, que la matriz –casa central– reciba el pago *en su condición de socio*.

De forma adicional, debe aportarse la interpretación que el TJCE ha realizado del concepto *retención en origen* eliminado en virtud del artículo 5 de la Directiva. En la primera sentencia que interpretó dicho concepto consideró que tiene dicha condición *“cualquier tributo que por su naturaleza someta a gravamen distribuciones de beneficios realizados por la filial cuando la base imponible es el resultado de los títulos y el sujeto es el titular de dichos títulos”* (*Epson Europe Bv*, C-375/98, párr 23). La imposición complementaria sobre los establecimientos permanentes cumple con todas las notas formuladas por el TJCE con excepción de la condición de filial de la entidad que realiza la distribución transfronteriza de beneficios. Evidentemente, no se trata del rendimiento de sus títulos sino de su propio rendimiento, por lo que cualquier retención *adicional* a la soportada por la obtención de las rentas en el territorio del otro Estado miembro *con ocasión* de su transferencia al otro Estado debería tener la condición de retención en origen afectada por el artículo 5 de la Directiva.

En esta línea ha evolucionado la doctrina del Tribunal de Luxemburgo en la sentencia de 4 de octubre de 2001, *Athinaiki Zythopoiia*, C-294/99, en la que considera como *retención en origen* un mecanismo impositivo insertado en la técnica de exacción del Impuesto sobre Sociedades, al someter a gravamen la renta de filial, y someter a la misma filial –y no a la matriz– teniendo en cuenta que el devengo de dicho impuesto se producen *el momento de la distribución del beneficio –dividendo–* y su gravamen depende efectivamente de la distribución efectuada. Se añade además a dicha técnica impositiva la imposibilidad de compensar dicha carga fiscal con la base imponible negativa de la filial de ejercicios anteriores, a pesar de que la sociedad filial pudiera aplicar estas pérdidas para la compensación de los restantes beneficios obtenidos por la sociedad (párrafo 29).

Por ello, consideramos que se ha perdido una buena oportunidad para *asegurar* dicho tratamiento equitativo en la reciente modificación de la

(64) En el mismo sentido, López Rodríguez, J. (2002), p. 106.

Directiva 90/435/CEE llevada a cabo por la Directiva 03/123/CE. Dicha Directiva *aclara* el necesario tratamiento equiparado de los beneficios distribuidos por la filial a un establecimiento permanente de la sociedad matriz en lugar de a la sede central de la matriz, obligando al Estado de situación del establecimiento permanente a aplicar las medidas previstas en el artículo 4 de la Directiva. Sin embargo, no extiende la equiparación del tratamiento cuando los beneficios se *distribuyen* desde el establecimiento permanente hacia la casa central –matriz–, en cuyo caso el Estado de situación del establecimiento permanente también debe quedar obligado por las exigencias de la Directiva, aunque en este caso por lo previsto en el artículo 5.

4. EL CONCEPTO DE BENEFICIOS DISTRIBUIDOS EN EL ESTADO DE LA SOCIEDAD MATRIZ: LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DE LA DIRECTIVA MATRIZ-FILIAL

El sistema previsto por la Directiva matriz-filial para la eliminación de las *distorsiones* generadas por la doble imposición económica internacional encuentra en el artículo 4 su mecanismo de cierre (65). La eliminación de la doble imposición económica internacional sobre la *distribución transnacional de beneficios* no sólo afecta al denominado *Estado de la filial* sino también al *Estado de la matriz*.

A priori, la delimitación del ámbito objetivo de aplicación del artículo no es coincidente con el del artículo 5, aunque ello no suponga de forma necesaria en todo caso que las rentas que quedan afectadas por el artículo 5 *en el Estado de la filial* no merezcan el trato derivado del artículo 4 en el Estado de la matriz. Como indicamos anteriormente, dos son –eran– las diferencias fundamentales entre ambos artículos en relación con su ámbito objetivo de aplicación, puesto que el artículo 4 no afecta a los beneficios distribuidos a consecuencia de la *liquidación de la sociedad filial*, y la Directiva exigía la percepción de los beneficios por la matriz *a condición de socio*.

Pero más allá de la fijación de los efectos que se infieren de esta diferencia nominal clara, deben realizarse otra serie de consideraciones relevantes para la concreción de las *rentas* afectadas por el artículo 4 de la Directiva.

(65) De ahí que encontremos un claro desorden secuencial en la Directiva, puesto que, a nuestro entender, el artículo 5 debería preceder al artículo 4.

En primer lugar, debe decidirse si el Estado de la matriz queda únicamente sometido por las exigencias de la Directiva en el momento en que los beneficios se *distribuyen* o se *reciben*, o bien en cualquier momento, incluso anterior. El tenor literal de la Directiva, incluso tras su reforma por parte de la Directiva 2003/123/CE, parece limitarse, al menos en su versión española, a los beneficios *recibidos* por la sociedad matriz. De ser así, la Directiva no condicionaría el trato tributario que estos beneficios puedan merecer en el ordenamiento tributario del Estado de la matriz en tanto en cuanto los beneficios de la filial no sean objeto de distribución. Sin embargo, esta interpretación, en exceso literal, contraviene los objetivos de la Directiva y resulta claramente inconsistente con la eliminación de las distorsiones transfronterizas a los movimientos de capitales y a la consolidación del mercado interior.

En segundo lugar, puesto que es la acción del Estado donde está localizado el *receptor* de las rentas la que genera la *doble imposición*, corresponde a dicho Estado disponer de los mecanismos que eviten la misma. Pero en este caso, debe decidirse qué mecanismos de vinculación existen para establecer si las rentas a las que resulta de aplicación la Directiva *en el Estado de la filial* coinciden o no con las rentas a las que resulta de aplicación la Directiva *en el Estado de la matriz*. La Directiva no establece criterio de calificación alguno que garantice la similar afectación de las rentas en ambos Estados, de forma que pueden producirse distorsiones por las diferentes rentas amparadas en el Estado *pagador* y el Estado *receptor* de la renta. Distorsión que puede derivar en situaciones de doble imposición o de doble no imposición. En todo caso, resulta necesario fijar el procedimiento que debe seguirse para concretar la calificación de dichas rentas en el Estado *de la matriz*.

En tercer lugar, la incorporación de la referencia a la percepción de los beneficios distribuidos por *un establecimiento permanente de la sociedad matriz* exige reconsiderar la función que se asigna a la Directiva y los objetivos de ésta. En realidad, la inclusión puede considerarse una *aclaración* de las exigencias del Derecho comunitario originario que también se proyectan, de forma lógica, sobre el Derecho comunitario derivado, de forma que esta exigencia podía entenderse ya implícita en la anterior regulación (66). Dicha proyección inspirada por los objetivos de la Directiva exige la aplicación de las

(66) Así se expresa en la Propuesta de modificación de la Directiva presentada por la Comisión el 29 de julio de 2003. COM(2003) 462 final, párrafo 19, en el que claramente se indica que dicha modificación pretende *clarificar* el alcance de la Directiva en consonancia con la jurisprudencia del TJCE sobre libertad de establecimiento. En este sentido vid. García Prats, F.A. (1995); Maisto, G. (2004), p. 165.

medidas previstas para el Estado de la filial por parte del Estado donde se localiza un establecimiento permanente al que se vinculan los rendimientos distribuidos por la sociedad filial de la matriz.

4.1. La facultad del Estado de la matriz para aplicar mecanismos de transparencia fiscal

La Directiva 2003/123/CE del Consejo ha incorporado un nuevo apartado al artículo 4 de la Directiva 90/435/CEE -1.bis- con el siguiente tenor:

"Ninguna disposición de la presente Directiva impedirá al Estado de la sociedad matriz otorgar a una filial de ésta la consideración de transparente en virtud de la evaluación por dicho Estado de las características jurídicas de dicha filial derivadas de la legislación con arreglo a la cual se constituyó, y, en consecuencia, someter a gravamen a la empresa matriz por su participación en los beneficios de la filial, en el momento en que éstos se perciben. En este caso, dicho Estado se abstendrá de gravar los beneficios distribuidos de la filial.

Si el Estado de la sociedad matriz somete a ésta a evaluación por su participación en los beneficios de la filial, en el momento en que éstos se perciben, eximirá dichos beneficios o autorizará a dicha sociedad matriz a que se deduzca del impuesto adeudado la fracción del impuesto relacionado con la participación de la sociedad matriz en los beneficios y abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel, a condición de que, en cada nivel, las sociedades y filiales de ulterior nivel cumplan los requisitos previstos en los artículos 2 y 3, hasta la cuantía máxima del correspondiente impuesto nacional adeudado".

La inclusión de este precepto permite preservar, frente a las exigencias de la Directiva, determinados mecanismos de atribución de rentas o de transparencia fiscal aplicadas a las entidades residentes y que afectan a las rentas obtenidas a través de entidades filiales residentes en otros Estados miembros (67). Tal sería el caso de lo previsto en el artículo 88 y ss. del TRLIRPF (68), aunque no en cambio de lo previsto en el artículo 107 del TRLIS, en relación con aquellas entidades respecto de las que se tenga la condición de entidad matriz.

La inclusión de dicho precepto en la versión final responde, básicamente, a la ampliación de las

entidades jurídicas a las que resulta de aplicación la Directiva, superando claramente la lista cerrada anterior (69). La ampliación de las entidades afectadas comporta que determinados mecanismos internos de atribución de rentas, o de *transparencia fiscal* de algunas entidades extranjeras queden afectados por las exigencias de la Directiva por lo que los Estados reclamaron su preservación bajo determinadas condiciones. Así sucederá cuando la sociedad filial tiene la condición de sujeto pasivo del Impuesto en su Estado de residencia, pero en el Estado de la sociedad matriz, dicha entidad tiene la consideración de *entidad transparente*. De acuerdo con la propuesta inicial de la Comisión, y así se traslada al texto definitivo, la transparencia de la entidad filial responde a la "evaluación de las características jurídicas de dicha filial derivadas de la legislación con arreglo a la cual se constituyó" (70), por lo que no plantea la posibilidad de adecuación a la Directiva de otros mecanismos en los que la transparencia de la entidad fiscal responde a otras motivaciones, fundamentalmente de tipo fiscal.

Con esta referencia el legislador comunitario intenta evitar realizar un pronunciamiento sobre la compatibilidad de algunos regímenes de transparencia de entidades extranjeras -transparencia fiscal internacional- con el Derecho comunitario (71).

De hecho, la redacción de la cláusula -que se redacta a modo de salvaguarda para mantener la aplicación de algunos regímenes tributarios internos

(69) Así lo expresa la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión [COM(2003) 462 final], en el párrafo 3 de los Comentarios al artículo 4.

(70) En este sentido, podría entenderse como válida la referencia prevista en el régimen español de atribución de rentas, al afectar a las entidades constituidas en el extranjero "cuya naturaleza jurídica sea idéntica o análoga a la de las entidades en atribución de rentas constituidas de acuerdo con las Leyes Españolas". La fórmula adoptada por el legislador español lograría salvar de este modo y de forma aparente, las exigencias del principio de no discriminación, so pena de dejar la concreción de las entidades afectadas en un nivel excesivo de inseguridad jurídica. Y, tal como señalamos a continuación, sin evitar salvar todas las exigencias de compatibilidad del régimen tributario para con dichas rentas desde la perspectiva del Derecho comunitario y en particular de la Directiva que analizamos.

(71) Así lo expresa la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión [COM(2003) 462 final], en el párrafo 5 de los Comentarios al artículo 4: "The text proposed avoids any reference to companies that are considered as fiscally transparent by a Member State based on the tax regime applicable to them in their State of residence. Hence, this provision does not deal with the issues raised by controlled foreign company legislation". De hecho, la compatibilidad de algunos regímenes tributarios nacionales de transparencia fiscal internacional con el Derecho comunitario se encuentra pendiente de pronunciamiento por el Tribunal de Luxemburgo, como consecuencia de la acción de la Comisión frente a algunos Estados miembros -Francia y Finlandia- y por el planteamiento de una cuestión prejudicial en el caso de la normativa del Reino Unido.

(67) Brokelind, (2003b), p. 166. Lamers, A.W.G. Stevens, T.J.A. (2004), p. 155 y ss.

(68) Vid. al respecto Rubial Pereira, L. (2003); Delgado Pacheco, A. (2004).

frente a la Directiva— no permite obtener a los Estados una *patente de corso* frente al Derecho comunitario en relación con cualquier mecanismo de transparencia fiscal. En primer lugar, porque la habilitación de la cláusula se supedita al cumplimiento de una serie de condicionantes específicos. En segundo lugar, porque de acuerdo con la interpretación consolidada del TJCE estas cláusulas limitativas del ámbito de aplicación de la Directiva deben ser objeto de una interpretación restrictiva. En tercer lugar, porque la adecuación de una cláusula tributaria interna a las exigencias de la Directiva no impide su análisis de adecuación a las exigencias del Derecho comunitario originario, en especial las derivadas de la protección otorgada a las libertades fundamentales comunitarias. Por ello, y aunque el objetivo de la cláusula consista en otorgar un determinado régimen tributario aplicable a estos casos, su aplicación última quedará condicionada por los factores que acabamos de mencionar.

La redacción española es confusa en torno a ciertas condiciones que debe respetar el Estado de la sociedad matriz para adecuarse a las exigencias de la Directiva. El segundo párrafo del artículo 4.1.bis indica: “*Si el Estado de la sociedad matriz somete a ésta a evaluación por su participación en los beneficios de la filial en el momento en que éstos se perciben...*”. Conforme con una interpretación literal de dicho precepto, se exige que el Estado de la matriz debe aplicar las medidas de dicho párrafo en el momento de la *percepción* de los beneficios de la filial, en lugar de en el momento de la *atribución* o *imputación*. Sin embargo, si así fuera, la Directiva permitiría la generación de situaciones de doble imposición internacional —económica— al permitir el (doble) gravamen de los beneficios *no distribuidos* por la filial, manteniendo sólo la obligación de eliminar la misma en el momento en que dicho beneficio se distribuya a la matriz y, en consecuencia, se realice económicamente para la misma.

No puede mantenerse esta interpretación como válida por diferentes motivos. En primer lugar, porque contraría el objetivo de la Directiva. En segundo lugar, porque resultaría contraria al derecho comunitario originario, al suponer una clara restricción al establecimiento de filiales en otros países al permitirse una situación de doble imposición que no resultaría admisible en caso interno. En tercer lugar, porque dicha interpretación literal de la versión española es incongruente con el resto de versiones lingüísticas de la misma Directiva, por lo que en dicho caso debe interpretarse conforme a sus objetivos (Sentencia *Denkavit*).

Basta fijarnos al respecto en las versiones inglesa o francesa para comprender cuál es el correcto sentido del nuevo artículo 4.1.bis. De acuerdo con la versión

inglesa “*When assessing the parent company's share of the profits of its subsidiary as they arise the State of the parent company...*”. Remarca la versión francesa de forma más meridiana “*Lorsqu'il détermine la part des bénéficiaires de la filiale qui revient à la société mère au moment où naissent ces bénéficiaires, l'État de la société mère exonère ces bénéficiaires ou autorise la société*” (las cursivas son nuestras).

De conformidad con una interpretación plurilingüe, el Estado de la matriz debe aplicar algún mecanismo para atenuar la doble imposición económica provocada por la toma en consideración de la entidad filial como transparente a efectos tributarios, o por la atribución de sus rendimientos como si fueran rendimientos de la sociedad matriz, *en el momento en que el Estado de la sociedad matriz toma en consideración dichos rendimientos y los somete a gravamen en sede de la sociedad matriz.*

En atención a estas consideraciones, podemos apreciar una posible vulneración de las exigencias comunitarias establecidas en el artículo 4.1.bis de la Directiva 90/435/CEE por parte de la normativa tributaria española relativa al régimen de atribución de rentas, referido a la atribución de rentas a sociedades —matrices— españolas o establecimientos permanentes localizados en España procedentes de *entidades en atribución de rentas —filiales—* residentes en otro Estado de la Unión Europea, siempre que resulte de aplicación dicha Directiva.

La normativa española exige la imputación de las rentas obtenidas por la entidad en atribución de rentas —filial— no residente al socio —matriz— española, acogiéndose esta posibilidad a la cláusula de salvaguarda incorporada en el artículo 4.1.bis de la Directiva. Sin embargo, la legislación española no establece ningún mecanismo para que el socio español —matriz— tenga en cuenta el *impuesto subyacente* soportado por la entidad en atribución filial residente en otro país de la Unión Europea, por lo que el régimen de atribución de rentas cuando se aplica a las entidades —filiales— no residentes puede generar doble imposición contraria a las exigencias de la Directiva matriz—filial.

4.2. **La calificación de las rentas recibidas por la sociedad matriz como “beneficios distribuidos por la sociedad filial”: concreción de la normativa aplicable**

En relación con la calificación del concepto *distribución de beneficios* por parte del Estado de la matriz, surge el problema de determinar cuál es el grado de vinculación de dicho Estado frente a la calificación otorgada por el Estado de la filial con la

finalidad de garantizar por un lado la aplicación homogénea de la Directiva y, por otro, de evitar que la diferente calificación otorgada por ambas legislaciones impida la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional o, incluso, que se genere una situación de doble no-imposición internacional.

Lo bien cierto es que de un análisis de la Directiva se concluye rápidamente que el legislador comunitario no ha optado por la armonización de este importante aspecto de la vinculación de ambas legislaciones en relación con la calificación que debía otorgarse a las mismas rentas transfronterizas intra-grupo. No existe en la Directiva un mecanismo que canalice la calificación de la renta como distribución de beneficios de forma homogénea en ambos Estados y que asegure de este modo el cumplimiento de los objetivos previstos por la Directiva. Antes al contrario, en consonancia con la *competencia exclusiva* de los Estados en materia de imposición directa, son éstos los que de forma *unilateral* ostentan la facultad para concretar las rentas afectadas por dicha calificación.

Tal y como señalamos en el análisis de las rentas afectadas desde la perspectiva del Estado de la filial, son marginales los supuestos en los que dicha disparidad en la calificación puede acontecer, estando su ámbito principal de aplicación bien definido en relación con la distribución de dividendos.

Aun así, en algunos supuestos puede generarse disparidad en la calificación tributaria y, en consecuencia, la Directiva puede quedar aplicada o inaplicada de forma no homogénea en los Estados afectados. Así, existen problemas de calificación en relación con determinados *instrumentos híbridos*, cuya rentabilidad puede calificarse –y cuantificarse– de forma dispar en los diferentes Estados afectados, asociándose efectos diversos en relación con los requisitos derivados de la Directiva. Asimismo, la aplicación de los *mecanismos anti-elusión* puede dar lugar a la consideración distinta de determinadas rentas en los Estados afectados y a la vinculación de diferentes efectos a las mismas. La Directiva 90/435/CEE sigue sin abordar directamente la cuestión (72).

Por ejemplo, la renta generada por un instrumento híbrido –derivados financieros de deuda, *constructive equity*, *constructive dividends*, recalificación de los pagos de intereses, cánones o retribuciones *en exceso* sobre el precio *at arm's length*...– puede ser considerada por la normativa del Estado de la filial como *renta asimilada a un dividendo*. Asimismo, si en el Estado de la filial el exceso de intereses

satisfechos a la matriz se recalifica como dividendo como consecuencia de la aplicación de las normas de subcapitalización, dicho exceso no podrá *deducirse* en el Estado de la filial y seguirá el régimen tributario previsto para los dividendos y distribuciones *encubiertas* de beneficios. Aunque la mayoría de los autores se pronuncie por la aplicación en dicho Estado de la Directiva matriz-filial (73), de la misma forma que el Abogado General en el caso *Lankhorst-Hohorst*, la imposibilidad de deducir dichos pagos transnacionales en *sede* de la filial determina que, de no aplicar el Estado de la matriz los mecanismos previstos en la Directiva matriz-filial, se generará un resultado contrario a los objetivos de la Directiva, generándose una situación de doble imposición económica internacional.

Es cierto que la dispar calificación de la distribución de rentas efectuada por la filial a la matriz puede generar tanto situaciones de doble imposición económica internacional como situaciones de doble no imposición (74).

En caso de producirse situaciones de doble imposición económica, el resultado de la disparidad de calificaciones resultaría contrario a los objetivos de la Directiva, por lo que debe arbitrarse algún mecanismo legal que permita la eliminación de dichos efectos. La generación de una doble no imposición no se considera en la Directiva como contraria a los objetivos generales de la misma, aunque se permite a los Estados la aplicación de los mecanismos anti-evasión para evitar dichas situaciones, si bien dichos mecanismos anti-evasión deben ajustarse a las exigencias estrictas de conformidad con la Directiva que ha formulado el Tribunal. De hecho, las situaciones de doble no imposición o de desimposición han quedado perfectamente amparadas por el Tribunal de Luxemburgo, como consecuencia de la sentencia *Bosal*, sin que en relación con la legislación holandesa el Tribunal aceptara la eliminación de los riesgos de desimposición como un criterio que permitiera el mantenimiento de una normativa tributaria interna que se reputó contraria a los dictados de la Directiva. (75).

(73) Terra, B. Wattel, P. (2001), p. 354. Helminen, M. (2004), p. 60, llegando incluso a proponer que dichos instrumentos financieros se tengan en cuenta para computar los requisitos de participación suficiente.

(74) En relación con dichos supuestos *vid.* García Machancoses, E. (2002) p. 78 y ss.

(75) En la sentencia *Bosal*, se planteó si una norma del ordenamiento holandés era conforme con la libertad de establecimiento. De acuerdo con dicha norma, el carácter deducible de los gastos que prevé el artículo 13, apartado 1, de la Ley de 1969 en lo que atañe al beneficio imponible de la sociedad matriz depende únicamente de si tales gastos «sirven indirectamente» para obtener beneficios imponibles en los Países Bajos, sin que se exija que dichos beneficios sean obtenidos por

(72) Maisto, G. (2004), p. 177.

Para solucionar el conflicto debe verificarse, pues, si puede inferirse algún mecanismo, comunitario, internacional o interno que asegure o exija un resultado conforme con las exigencias de la Directiva.

4.2.1. *La vinculación del Estado de la matriz a la calificación otorgada por el Estado de la filial*

Una primera aproximación a la cuestión enfoca la resolución del problema desde la posible vinculación del Estado de la matriz con la *calificación jurídico-tributaria que otorga el Estado de la filial a los beneficios distribuidos por la filial obtenidos por aquélla para poder beneficiarse de los mecanismos previstos en la Directiva matriz-filial.*

Los problemas de calificación diversa de la renta —con el consiguiente trato tributario dispar en los Estados afectados— no son únicos del Derecho comunitario, sino que constituyen una de las cuestiones tradicionales que aborda el Derecho internacional tributario, así como los Modelos de Convenio y sus Comentarios, e interviene en su solución no sólo la normativa interna sino los propios Convenios de doble imposición y los Comentarios a los mismos. En ausencia de calificación común para ambos Estados en virtud del concepto comunitario de distribución de beneficios, la vinculación del Estado de la matriz por la calificación tributaria otorgada a los pagos realizados desde la filial en virtud de la calificación que le otorgara la legislación de su Estado de residencia constituye el mecanismo que

filiales establecidas a su vez en ese Estado miembro o establecidas en el extranjero pero con un establecimiento permanente en este último. De este modo, una sociedad matriz establecida en los Países Bajos podría deducir de su beneficio imponible en ese Estado los gastos vinculados a la financiación de sus participaciones en filiales establecidas a su vez en dicho Estado o en filiales establecidas en otro Estado miembro, pero que dispusieran de un establecimiento permanente en los Países Bajos. Al respecto, el Tribunal concluyó que la *Directiva 90/435 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, interpretada a la luz del artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación), se opone a una disposición nacional que, con motivo de la liquidación del impuesto sobre los beneficios de una sociedad matriz establecida en un Estado miembro, supedita el carácter deducible de los gastos relacionados con la participación de ésta en el capital de una filial establecida en otro Estado miembro al requisito de que tales gastos sirvan indirectamente para obtener beneficios imponibles en el Estado miembro de establecimiento de la sociedad matriz. Se limita de ese modo el alcance del artículo 4.2 de la Directiva, que considera que todo Estado miembro conservará 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. Si, en dicho caso, los gastos de gestión referidos a la participación quedasen fijados a tanto alzado, la cuantía a tanto alzado no podrá exceder un 5% de los beneficios distribuidos por la sociedad filial.*

garantizaría una coherencia en el tratamiento y en la aplicación de la Directiva en conformidad con los objetivos de la misma. (76).

Desde la perspectiva del Derecho internacional tributario, se han intentado remediar los conflictos derivados de las divergencias de calificación entre el Estado de la fuente y el Estado de la residencia mediante la aceptación de la calificación otorgada por el Estado de la filial por parte del Estado de la matriz, en relación con los *dividendos* satisfechos por la filial a la matriz. Se pretende asumir, con dicha propuesta, la validez del concepto de dividendos que se infiere del artículo 10.3 también a los efectos de la aplicación del artículo 23.

A partir de las modificaciones operadas en los Comentarios al artículo 23 del Modelo de Convenio en la actualización de éste llevada a cabo en el año 2000, el Modelo de Convenio de la OCDE intenta solucionar los problemas de doble imposición y doble no imposición derivados de una divergencia de calificación de los rendimientos en ambos Estados contratantes del Convenio. De acuerdo con dicha posición, el Estado de la matriz debería aceptar la calificación de las rentas como dividendo realizada por el Estado de la filial, cuando exista una diferente calificación como resultado de la remisión del Convenio a la normativa interna de cada uno de los Estados. La propuesta resulta relevante tanto si el Estado de la matriz opta por la aplicación del método de imputación, como si se aplica el método de exención. La actualización llevada a cabo en el año 2000 incorpora, por una parte, un nuevo apartado al artículo 23 —artículo 23.A.4—, y por otra, nuevos Comentarios al artículo 23.

El Comentario de la OCDE dispone lo siguiente:

“...Cuando, por las diferencias existentes entre la legislación interna del Estado de la fuente y el Estado de residencia, el primero de ellos aplica a un determinado elemento de renta o de patrimonio disposiciones de Convenio distintas a las que hubiese aplicado el Estado de residencia a ese mismo elemento, no por ello la renta deja de ser gravada de acuerdo con lo dispuesto en el presente Convenio a tenor de su aplicación e interpretación por el Estado de la fuente. En este tipo de caso, los dos artículos exigen por lo tanto que el Estado de residencia conceda una desgravación para evitar la doble

(76) Algunos autores proponen que, como regla general, esta vinculación se produce en relación con los pagos afectados por la normativa de subcapitalización del Estado de la filial, en atención a lo dispuesto por el artículo 9 de los Convenios de doble imposición que siguen el Modelo de Convenio de la OCDE. *Vid.* Calvo Vérguez, J. (2004), p. 50 y ss.

imposición a pesar del conflicto de calificación resultante de las diferencias existentes entre las legislaciones internas" (párrafo 32.3 de los Comentarios al artículo 23 del MCOCDE).

De este modo, mediante la aplicación de las medidas para evitar la doble imposición se logra evitar una disparidad en la calificación de la renta en los dos Estados contratantes, al venir el Estado de la residencia obligado a asumir la *calificación de la renta* otorgada por el Estado de la fuente a efectos de eliminación de la doble imposición (77).

El nuevo párrafo 23.A.4 tiene como finalidad básica el evitar supuestos de doble imposición como consecuencia de la aplicación de calificaciones asimétricas en ambos Estados.

A pesar de estos intentos de solucionar los conflictos *convencionales* de calificación, la respuesta parece insuficiente y difícilmente trasladable al ámbito de la Directiva matriz-filiales.

En primer lugar, porque no existe constancia de la aceptación de dicha teoría a nivel internacional tributario, tal y como pone de manifiesto Lang (78). En la práctica de algunos Estados sigue resultando prioritaria la aplicación del artículo 3.2, en lugar del artículo 23, tal como viene interpretado por el Comentario para resolver los problemas de calificación. Asimismo, la aplicación de este mecanismo de solución de la divergencia de calificación sólo resulta aplicable cuando la divergencia de calificación sea el resultado de las diferencias entre la legislación interna de los Estados miembros a la que se entiende realizada la remisión del Convenio para la determinación de su significado (artículo 3.2), pero no en caso de discrepancia sobre la correcta aplicación del Convenio o sobre una interpretación diferente de los hechos –párrafo 2.5 de los Comentarios– (79). En consecuencia, la solución propuesta sólo resulta vinculante para el Estado de la sociedad matriz cuando el Estado de la fuente realice una *interpretación correcta* del Convenio de doble imposición y no cuando exista una divergencia en la aplicación del Convenio o existen diferencias en cuanto a la apreciación de los hechos (80).

(77) Avery Jones, J. (2001), p. 220.

(78) Lang, M. (2004), p. 97.

(79) Lang, (2004), p. 97, sin embargo, considera que la aceptación de los Comentarios del MCOCDE puede derivar en la vinculación del Estado de la residencia con la calificación de la renta otorgada por el Estado de la fuente, aunque esta calificación sea el resultado de un conflicto interpretativo o en una diferente interpretación de los hechos –por ejemplo, en la apreciación de una simulación–.

(80) Lang, M. (2004), p. 96.

En segundo lugar, existen opiniones discordantes en torno a la posibilidad de aplicar el contenido de estos párrafos de los Comentarios al artículo 23 a los convenios firmados con anterioridad a la modificación del Modelo de Convenio en la que se incorporaron (81).

En tercer lugar, porque los Convenios de doble imposición no tienen, con carácter general, por misión la eliminación de la doble imposición *económica* internacional, encontrándose medidas específicas sólo en alguno de los Convenios firmados por España (82).

En cuarto lugar, porque la calificación de las rentas a efectos del Convenio no es coincidente con los términos empleados con la Directiva. Mientras los Convenios de doble imposición se refieren únicamente a los dividendos, la Directiva acoge con carácter general el tratamiento de la distribución de beneficios. La calificación convencional puede condicionar la aplicación de la Directiva en el Estado de la matriz en la medida en que dicho Estado quede obligado a seguir la *calificación de la renta* –como dividendo– otorgada por la legislación del Estado de la filial. Sin embargo, en virtud de la Directiva 90/435/CEE, el Estado de residencia de la matriz adquiere competencia absoluta para someter a gravamen dichas rentas, al eliminar el artículo 5 de la Directiva la retención en origen en el Estado de la filial. De ahí que no resultaría posible aplicar los Comentarios al artículo 23 para vincular la calificación del Estado de la matriz a la otorgada por el Estado de la filial sobre las distribuciones transfronterizas de beneficios. Siguiendo la opinión mayoritaria al respecto, los Comentarios al artículo 23 del Modelo de Convenio antes citados resultan inaplicables para solucionar los problemas de calificación diversa de los Estados firmantes del Convenio en los casos en que el Estado de residencia del perceptor de la renta tenga competencia absoluta por aplicarse una *regla distributiva completa de la competencia tributaria* (83).

En consecuencia, no resulta válido el planteamiento de vincular a calificación del Estado de la matriz a la calificación de la renta otorgada, en todo caso, por el Estado de la filial a efectos de asegurar una aplicación homogénea de la Directiva.

(81) Lang, op. cit., (2004), p. 97. Vogel, K. (2003), p. 41, y bibliografía citada en pies de página números 2 y 3.

(82) Al respecto, García Machancoses, E. distingue varios tipos de CDI en relación con el tratamiento de la corrección del doble gravamen intersocietario entre aquellos Convenios que siguen la tributación compartida de aquéllos que optan por la tributación exclusiva en el Estado de la fuente.

(83) Rust, A. (2003), p. 45. Sobre el concepto de regla distributiva completa *vid.* Vogel, K. (2003), p. 43.

4.2.2. *La aplicación de la normativa del Estado de la matriz*

Como punto de partida, el Estado de la matriz *calificará* las rentas afectadas por el artículo 4.1, en ausencia de una definición comunitaria expresa, conforme a lo previsto en su legislación tributaria interna. Sin embargo, en muchos casos dicha calificación se encuentra desprovista de mecanismos positivos de fijación, como consecuencia de la escasa atención normativa que merecen las rentas *de fuente extranjera* sometidas a gravamen en el Estado de residencia. Este sería el caso de la normativa española, que dedica escasos preceptos al tratamiento de la renta extranjera –básicamente los dedicados a la eliminación de la doble imposición internacional, determinados mecanismos anti-elusión, las reglas sobre operaciones vinculadas, o la amortización especial del fondo de comercio financiero del artículo 12.5 del TRLIS–. Entre éstos no se encuentra ningún criterio o regla *específica* relativa a la calificación o determinación del origen de dichas rentas (84).

Ante la ausencia total o significativa de normas de *calificación* de las rentas en el ámbito del Impuesto sobre sociedades –en España– así como de la falta de atención a las *peculiaridades jurídicas* de las rentas obtenidas en otras jurisdicciones fiscales, la calificación en el Estado de residencia de la *matriz perceptora de las rentas* distribuidas depende en última instancia de la aplicación de los mecanismos previstos para la eliminación de la doble imposición –económica– internacional (85).

La calificación conforme al Estado de residencia de la matriz –sin vinculación alguna por parte del Estado de la filial– se asume por parte de la Directiva. Así se infiere del nuevo párrafo 1.bis incorporado al artículo 4 por la Directiva 2003/123/CE del Consejo, en el que se reconoce la situación en la que el Estado de la matriz considere como *transparente* una entidad ubicada en el Estado de la filial y someta a gravamen los beneficios de la misma –antes de su distribución–,

(84) Probablemente atendiendo a esta falta de mecanismo calificador interno, que recoja las *peculiaridades* de la renta transnacional y sus componentes específicos jurídicos o económicos, el Tribunal Supremo ha considerado en varias decisiones –Sentencias de 26 de junio de 2000 y de 18 de septiembre de 2002– que, tratándose de establecimientos permanentes, la determinación de las *rentas imputables* a un establecimiento permanente de una entidad residente situado en un país con Convenio de doble imposición debe realizarse de acuerdo con lo que dispone la norma tributaria de su Estado de situación y no, como resultaría lógico, según la norma tributaria española, que es la única vinculante en territorio español, en consonancia con lo que establecía el artículo 21 de la Ley General Tributaria 230/1963, vigente en los momentos a los que se refieren las sentencias.

(85) *Vid.*, al respecto, Fuster Gómez, M. (2001); García Machancoses, E. (2002).

aunque dicha entidad tenga la consideración de residente y se someta a gravamen en su Estado de residente.

4.2.3. *Propuesta alternativa de vinculación de la reacción del Estado de la matriz a la actuación por parte del Estado de la filial*

Esta referencia permite, a nuestro entender, aportar un dato relevante al debate para establecer el criterio según el cual el Estado de la matriz se encuentra vinculado a aplicar las medidas contenidas en la Directiva en función de la reacción del Estado de la filial. Según este elemento, la Directiva *obligaría* al Estado de la matriz a *actuar los mecanismos comunitarios* cuando su acción tributaria –cuando el ejercicio de su jurisdicción tributaria– simultánea con la de otro Estado –de la filial– genera una situación de doble imposición económica internacional. Este elemento analítico justificaría, asimismo, la consideración del Estado del establecimiento permanente como *Estado de la matriz* obligado a aplicar las medidas del artículo 4 en relación con los establecimientos permanentes situados en su territorio que reciben los beneficios transfronterizos y quedan gravados por ellos.

En este sentido, debe concluirse que lo relevante a efectos de la calificación *comunitaria* de las rentas en el Estado de la matriz no es la *calificación jurídico tributaria* de las rentas recibida en el Estado de la filial, sino los efectos provocados por la aplicación de la *imposición a nivel societario* en dicho Estado sobre las rentas obtenidas o sometidas a gravamen en el Estado de la matriz. En tanto en cuanto los rendimientos *distribuidos* –o atribuidos– a la sociedad matriz hayan sido sometidos a gravamen o incluidos en la definición del hecho imponible que somete a gravamen a la sociedad o entidad filial generadora de los mismos, el *Estado de la sociedad receptora* –o del establecimiento permanente receptor– estará obligado a aplicar los mecanismos previstos en el artículo 4.

En consecuencia, a efectos de la concreción de las rentas afectadas en el Estado de la matriz el elemento relevante es la definición que la legislación tributaria del Estado de la filial realice de los *beneficios* obtenidos por la misma que se encuentren sometidos a gravamen.

Desde esta propuesta, la remisión a la *legislación tributaria del Estado de la filial* debe producirse al concepto de *beneficio sometido a gravamen* en el Estado de la filial –y no a la calificación del pago transfronterizo como *distribución del beneficio*– para verificar si los rendimientos distribuidos o imputados a la matriz guardan correlación con aquéllos a efectos de aplicar los mecanismos de eliminación de la doble

imposición del artículo 4 de la Directiva. En tanto en cuanto no existe definición homogénea de dicho término entre las diferentes normativas tributarias de los Estados miembros, deberá estarse a lo que la legislación del Estado de la filial considere como beneficio sometido a gravamen (86).

Repárese, no obstante, que la normativa comunitaria no exige una correspondencia efectiva entre el beneficio distribuido y el *beneficio objeto de gravamen en el Estado de la filial* o una correlación perfecta entre el beneficio objeto de gravamen y el posteriormente distribuido, ni tampoco un gravamen efectivo de los beneficios distribuidos, sino únicamente que sea un beneficio sometido a impuesto en sede de la sociedad filial. De esta forma cabe entender las referencias al "*impuesto relacionado con dichos beneficios*" contenidas en el párrafo segundo del artículo 4.1.bis.

Mediante esta propuesta resulta vinculante para el Estado de la matriz la aplicación de la Directiva cuando la cantidad recibida por, o imputada a, la sociedad matriz, o a un establecimiento permanente de la misma, haya tenido la consideración de *beneficio* sometido a gravamen en sede de la filial. De este modo lograría vincularse la obligación del Estado de la matriz con la *reacción primaria* del Estado de la filial. Basta que el beneficio *distribuido* a la matriz o al establecimiento permanente haya sido sometido a gravamen como *beneficio de la entidad filial*. Mediante este doble mecanismo se consigue que las recalificaciones de la renta realizadas en el Estado de la filial, asimilando al tratamiento de los dividendos determinadas retribuciones de capital ajeno, si implican su no consideración como gasto deducible en sede de la filial, deban beneficiarse del régimen de la Directiva *también* en el Estado de la matriz, pues de otro modo se vulneraría el objetivo de la Directiva.

Téngase en cuenta que el artículo 4 de la Directiva ya no exige que los beneficios se obtengan por la matriz *en su condición de socio*. Es cierto que en su redacción original el artículo 4 de la Directiva condicionaba la aplicación de las medidas previstas para el Estado de la matriz a los beneficios distribuidos obtenidos por la matriz *en su condición de socio*. Sin embargo, la redacción del nuevo artículo 4.1 tras la Directiva 2003/123/CE, ya no exige la recepción *en su condición de socio*, sino como consecuencia de la participación de la matriz en la sociedad filial.

(86) Con esta interpretación puede integrarse también la referencia del artículo 4.3 de la Directiva, por el que el sistema de eliminación de la doble imposición previsto por la Directiva para el Estado de a sociedad matriz o del establecimiento permanente de la misma se aplicarán *hasta la puesta en aplicación efectiva de un sistema común de impuesto sobre sociedades*.

Dispone el artículo 4.1: "*Cuando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de ésta reciban, por la participación de aquélla en una sociedad filial, beneficios distribuidos por ...*".

Las explicaciones técnicas que acompañan a las Propuestas presentadas por la Comisión no explicitan el sentido de dicho cambio, que probablemente responde al hecho de amparar de forma precisa y específica la posibilidad de que también el Estado de situación del establecimiento permanente aplique las medidas correspondientes al artículo 4 de la Directiva en relación con los beneficios distribuidos por la filial y atribuibles al establecimiento permanente, a pesar de que éste de forma evidente no pueda percibir los mismos *en su condición de socio* de la filial. Sin embargo, a nuestro entender, el cambio operado relaja los supuestos en los que el Estado de la matriz —y el de situación del establecimiento permanente— quedan *obligados* a aplicar los mecanismos previstos en el artículo 4 cuando se verifique la participación suficiente de la matriz en la filial.

Por ello, aunque el Estado de la matriz no califique las rentas como rentas obtenidas en calidad de socio resulta igualmente obligado a aplicar las medidas previstas en el artículo 4 de la Directiva. Éste sería el caso de unos intereses recibidos por la matriz de su filial residente en un Estado que ha calificado dichos pagos como dividendos en virtud de su normativa interna sobre subcapitalización, o de la aplicación de la normativa sobre precios de transferencia a los excesos de pagos a la matriz sobre el precio *at arm's length*.

En conclusión, la recalificación o calificación de diferente modo por parte del Estado de la filial a determinados pagos, quedando asimilados al tratamiento de dividendos por parte de dicho Estado y, en consecuencia, sin que hayan podido escapar a su tributación en dicho Estado mediante su consideración como gastos deducibles, vincula al Estado de la matriz a efectos de la aplicación de la Directiva en cuanto supone la distribución por parte de la filial de una renta asimilada o que ha recibido el tratamiento de *beneficio* —y no de gasto— en sede de la filial pagadora (87).

Esta posición que logra vincular el tratamiento tributario de los beneficios distribuidos en ambos Estados es coherente con los objetivos de la Directiva porque:

(87) En el mismo sentido, aunque sin vincular claramente al Estado de la matriz, se pronuncia Helminen, (1999), p. 236: "due to the broad term 'profit distribution' the P-S Directive must cover all transfers of economic benefits in the form of transfer prices from a qualifying subsidiary to a qualifying parent company by virtue of the association between the companies".

a) *comunitariza* el concepto de beneficios distribuidos mediante la remisión de su significado a la normativa del *Estado de procedencia* de los beneficios distribuidos (Estado de la filial);

b) resulta coherente con el principio, implícito en la Directiva 90/435/CEE y explícito en otras Directivas como la Directiva 2003/49/CE (88) del "*one State Taxation*". De acuerdo con dicho principio resulta necesario garantizar que los pagos transfronterizos sean gravados una vez en un Estado miembro. Se garantiza mediante dicha interpretación que la distribución transfronteriza de beneficios no queda sometida a doble imposición –en la actualidad ni coetánea ni previa a la distribución–, sino únicamente a *imposición* según lo dispuesto en la imposición societaria del Estado de la filial.

La propuesta resulta asimismo coherente con la posición del Abogado General *Lankhorst-Hohorst* en relación con la afectación de la Directiva Matriz-Filial a los pagos de intereses recalificados como dividendos en virtud de la normativa interna sobre subcapitalización; e incluso va más allá, al proyectar dicha vinculación frente al Estado de la matriz, consiguiendo así la eliminación de la doble imposición económica internacional que de otro modo se provocaría (89).

5. BIBLIOGRAFÍA

– Aliaga Agulló, E.: Tratamiento de los "*warrants*" financieros en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. *Quincena Fiscal*. 2001 (22): 9–15.

– Almudí Cid, J.M.; Galán Sánchez R.: El tratamiento fiscal de la reducción de capital con devolución de aportaciones tras la Ley 6/2000, de 13 de diciembre. *QF*. 2001 (19): 43.

– Almudí Cid, J.M.; Serrano Antón F.: Doble imposición económica internacional y Derecho comunitario: repercusión de la jurisprudencia del

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ordenamiento español. *Quincena Fiscal*. 2002 (18–19).

– Almudí Cid, J.; Serrano Antón, F.: Doble imposición económica internacional y Derecho comunitario: Repercusión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ordenamiento español (I y II). *Quincena Fiscal*. 2002 (Septiembre–II, Noviembre–I).

– Álvarez Barbeito, P.: El usufructo de acciones en la LIRPF de 1998. Especial referencia a las acciones emitidas por sociedades en régimen de transparencia fiscal. *RCT*. 2000 (30).

– Andrews, William D.: Tax neutrality between equity capital and debt. *Wayne Law Review*. 1984; 30: 1057–1085.

– Avery Jones, J.: The "*One True Meaning*" of a Tax Treaty. *BIFD*. 2001 (6): 220.

– Avery Jones, J.: Credit and Exemption under Tax treaties in Cases of Differing Income Characterization. *European Taxation*. 1996 (4): 118.

– Whether the Definition of Dividend Limited to the Dividend Article Applies to the Double Taxation Relief Article Granting Underlying Credit. *BIFD*. 1999 (3): 103.

– Bouzora, M.A.: Implementation of the Parent Subsidiary Directive in the Member States. *France. European Taxation*. 1992: 136.

– Brokelind, C.: The Proposed Amendments to the Parent Subsidiary Directive: Some Progress?. *European Taxation*. 2003 (12): 451–456.

– (2003b) Ten years of application of the Parent–Subsidiary Directive. *EC Tax Review*. 2003; 12 (3): 158–167.

– Brosens, L.: Thin capitalization rules and EU Law. *EC Tax Review*. 2004 (4): 188–213.

– Calderón Carrero, J. M.: Estudio de las nuevas medidas para la eliminación de la doble imposición intersocietaria internacional y el tratamiento de las sociedades holding españolas. *Impuestos*. 1997 (19): 8.

– Calvo Vérguez, J.: Problemas interpretativos planteados por la institución de la subcapitalización en el Impuesto sobre Sociedades. Análisis de su proyección sobre los convenios de doble imposición. *Revista Técnica Tributaria*. 2004 (67): 21–55.

– Carmona Fernández, N.: Guía del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Valencia: CISS; 2003.

(88) Directiva 2003/49/CE del Consejo de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

(89) Esta propuesta es plenamente relevante para el Derecho tributario español, a pesar de que se haya eliminado la aplicación de la normativa de subcapitalización en relación con el exceso de intereses salientes pagados por la sociedad filial española a la matriz extranjera (*outbound payments*). Sin embargo, aquí se discuten los efectos tributarios que tiene en España la aplicación de la normativa extranjera de subcapitalización sobre el exceso de intereses –según aquella normativa– satisfechos desde una filial residente en otro Estado de la Unión Europea a una matriz española –o establecimiento permanente localizado en nuestro país– (*inbound payments*).

- Cordewener, A.: *Company Taxation, Cross-Border Financing and Thin Capitalization in the EU Internal Market: Some Comments on Lankhorst-Hohorst GMBH*. *European Taxation*, 2003 (4): 107-.
- Cuatrecasas: *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes*. Cizur Menor: Aranzadi; 2003.
- de Hosson, Fred C.: *The parent-subsiary Directive*. *Intertax*, 1990: 414-437.
- de la Cueva González-Cotera, A.: *La eliminación de la doble imposición económica de dividendos en la Unión Europea*. *RCT*, 2000 (29).
- Delgado Pacheco, A.: "Las entidades en régimen de atribución de rentas y el régimen fiscal de *partnerships* y *trusts* en España" en *Manual de Fiscalidad Internacional*, 2ª ed. IEF, Madrid, 2004, p. 341-387.
- Distaso, M. y Russo R.: *The EC Interest and Royalties Directive A Comment*. *European Taxation*, 2004 (4): 143.
- Edwardes, W.: *Instrumentos financieros fundamentales*. Instrumentos financieros fundamentales. Prentice Hall; 2001.
- Esteve Pardo, M.L.: *Fiscalidad de las operaciones entre sociedades vinculadas y distribuciones encubiertas de beneficios*. Valencia: Tirant lo Blanch; 1996.
- Farmer, P. y Lyal, R.: *EC Tax Law*. Clarendon Press. Oxford. 1994.
- Fernández del Pozo, L.: *La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles*. Madrid: Ed. Civitas; 1997.
- Fuster Gómez, M.: *La doble imposición internacional en las inversiones directas en el exterior de empresas españolas*. Madrid: Marcial Pons; 2001.
- García Machancoses, E.: *La tributación de los beneficios percibidos por las matrices españolas procedentes de las filiales en el extranjero*. Pamplona: Aranzadi; 2002.
- García Prats, F.A.: *Application of the Parent-Subsidiary Directive to Permanent Establishments*. *European Taxation*, 1995 (6): 179-187.
- *El establecimiento permanente. Análisis jurídico-tributario internacional de la imposición societaria*. Madrid: Tecnos; 1996.
- Las medidas tributarias anti-abuso y el Derecho comunitario. *Las medidas anti-abuso en la normativa interna española y en los Convenios para evitar la doble imposición internacional y su compatibilidad con el Derecho comunitario*. Madrid: IEF; 2002; p. 163.
- Gazzo, M. y Fleming N.: *Dividend Flows: Treaty Rules or the Parent-Subsidiary Directive? The Italy-UK Experience*. *BIFD*, 2001 (1): 8-16.
- Gazzo, M., Girard J.M. y Demenge P.: *Dividend Flows: Treaty Rules or the Parent-Subsidiary Directive? The Italy-France Experience*. *BIFD*, 2001 (5): 203-206.
- González Poveda, V.: *Tributación de no residentes*. Madrid: La Ley; 1993.
- Gutmann, D., Hinnekens Luc. *The Lankhorst-Hohorst case. The ECJ finds German thin capitalization rules incompatible with freedom of establishment*. *EC Tax Review*, 2003 (2): 90-96.
- Helminen, M.: *Classification of Cross-Border Payments on Hybrid Instruments*. *BIFD*, 2004 (2): 56-61.
- *The Dividend Concept in International Tax Law: Dividend Payments Between Corporate Entities*. The Hague: Kluwer Law International; 1999.
- IBFD. *The Parent Subsidiary Directive*. Amsterdam: IBFD; 1996.
- Knobbe-Keuk, B.: *The EC Corporate Directives Anti-Abuse Provisions, Direct Effect, German Implementation Law*. *Intertax*, 1992 (8-9): 48-49.
- Lamers, A.W. G. Stevens T.J.A.: *Classification Conflicts: The Cross-Border Tax Treatment of the Profit Share of Limited Partners*. *European Taxation*, 2004 (4): 155.
- Lang, M.: *General Report. Double non-Taxation*. CDFI. Vol 89. IFA. 2004. La Haya: Kluwer; 2004.
- Lete Achirica, C.: *Régimen fiscal de las distribuciones de beneficios entre sociedades filiales y sociedades matrices*. *Impuestos*, 1996 (23): 10.
- López Rodríguez, J.: *La Directiva matriz-filial tras diez años desde su adopción*. *Revista de Contabilidad y Tributación*, 2002 (232): 95 y ss.
- Lucas Durán, M.: *La tributación de los dividendos internacionales*. Valladolid: Lex Nova; 2000.
- Maisto, G. *The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: what's next?* *EC Tax Review*, 2004 (4): 164-181.

– Cross-border effects of restructuring, including change of legal form. IFA. Proceedings of a Seminar Held in Munich. 54th. Congress. IFA. Vol. 2001; 25d.

– Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra "società madri" e "società figlie". Milan: Giuffrè; 1996.

– Martín Benítez, G.: La remuneración del socio de sociedades mercantiles: Tratamiento fiscal del reparto de reservas realizado en el marco de la devolución de aportaciones al socio. RCT. 2004 (256).

– Martín Jiménez, A.; Calderón Carrero J. M.: El período de tenencia de la participación en las distribuciones de dividendos entre sociedades matrices y filiales: a propósito de las recientes modificaciones a los artículos 30 y 46.1.f LIS y la sentencia Denkavit. RCT. 1998 (53).

– Merks, P.: Dutch Dividend Withholding Tax in Corporate Cross-Border Scenarios, Dividen Stripping and Abuse-of-Law (II). Intertax. 2003; 31 (11): 450-460.

– Dutch Dividend Withholding Tax in Corporate Cross-Border Scenarios, Dividen Stripping and Abuse-of-Law (II). Intertax. 2004; 32 (1): 51-60.

– Meussen, G.T.K.: Bosal Holding Case and the Freedom of Establishment: A Dutch Perspective. European Taxation. 2004 (2-3): 59.

– Oliver, J.; David B.: The Proposed EU interest and Royalties Directive. EC Tax Review/European Taxation??? 1999; 8 (6-7).

– Pastoriza Vázquez, J. S.: La Directiva 2003/48/CE. Un nuevo paso hacia la armonización de la tributación de las rentas derivadas del capital en la UE. Quincena Fiscal. 2004 (Junio I): 43-63.

– Paz-Ares, C.: La llamada reinversión de dividendos. Revista General de Derecho. 1992 (577-578): 10084.

– Ruibal Pereira, L.: *La tributación de las rentas obtenidas por las entidades en atribución de rentas: la nueva regulación introducida por la Ley 46/2002*. Pamplona: Aranzadi; 2003.

– Rust, A.: The New Approach to Qualification Conflicts has its Limits. BIFD. 2003 (2): 45.

– Sánchez, A.: *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Dirigido por Uría, Menéndez y Olivencia. Tomo IV. Madrid: Civitas; 1994.

– Sommerhalder, R.: Approaches to Thin Capitalization. European Taxation. 1996: 82-95.

– Terra, B.; Wattel, P.: *European Taxation*. Kluwer. 2001.

– Thommes, O.: *Commentary on the Parent/Subsidiaries Directive in EC Corporate Tax Law*. Amsterdam: IBFD; 1992.

– Van Raad, K.: In a World where Classical and Integration Systems Co-exist, Article 10 OECD Model should not Disregard the Underlying Corporation Income Tax. Intertax. 1995 (5): 45.

– Vanistendael, F.: The Implementation of the Parent Subsidiary Directive in the EC: Comments on Some Unresolved Questions. Tax Notes International. 1992 (September, núm 21): 559-619.

– Vicent Julia, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*. Valencia: Tirant lo Blanch.; 1999.

– Vilarroig Moya, R.: *La Tributación de las Opciones Financieras*. Pamplona: Aranzadi; 1998.

– Vogel, K.: Conflicts of Qualification: The Discussion is not Finished. BIFD. 2003 (2): 43.

– Vogel, K.: *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. Kluwer Law. 1997.

– VVAA.: *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes*. Madrid: Civitas; 1999.

– Weber, D.: The Proposed EC Interest and Royalty Directive. EC Tax Review. 2001; 10 (1):15-30.

– Wit, M. de Tilanus V.: Dutch Thin Capitalization Rules 'EU Proof'?

– Intertax. 2004; 32 (4): 187-192. ■