SIMÓN YARZA, Mª EUGENIA, *LA EXENCIÓN DE DIVIDENDOS Y PLUSVALÍAS PARA CORREGIR LA DOBLE IMPOSICIÓN EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES*, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, 310 págs., ISBN: 978-84-9099-331-6

MANUEL LUCAS DURÁN
Universidad de Alcalá

La tributación de los dividendos en el Impuesto sobre Sociedades ha venido siendo una situación controvertida en las últimas décadas. Ello se debe a que la interposición de sociedades entre la primera entidad generadora de los beneficios empresariales y el perceptor último de los mismos (en puridad, la persona física final detentora de acciones o participaciones sociales) no debe resultar en un gravamen en cascada de tales beneficios empresariales, distribuidos una y otra vez entre empresas, por cuanto que si tal ocurriera los impuestos sobre los beneficios inicialmente generados podrían suponer porcentajes prácticamente confiscatorios de la capacidad económica generada en primera instancia.

A la imposición en cascada referida (denominada técnicamente "doble imposición económica"), puede superponerse otra "doble imposición jurídica" que es la que se produce cuando dos sistemas tributarios, por lo general de países distintos, gravan la misma renta (dividendo en el caso estudiado por la obra recensoria) tanto en el Estado de la fuente del rendimiento como en el de residencia del perceptor.

Pues bien, las imposiciones múltiples que afectan a los dividendos, tanto en el plano interno como en el internacional, ha condicionado la política tributaria española de los últimos años. Y no sólo porque se ha pretendido eliminar, o al menos atenuar, tales sobreimposiciones cuando en relación con los fondos propios de una determinada entidad exista bien una participación porcentual cualificada, bien un determinado valor de la participación, que alcancen ciertos umbrales, a fin de no perjudicar las inversiones empresariales; sino también, y de forma muy relevante, por la pertenencia de nuestro país a la Unión Europea, de manera que el juego de las libertades fundamentales de establecimiento y libre circulación de capitales obligan a España a no discriminar fiscalmente a los no residentes respecto del tratamiento tributario que ostentan en situaciones comparables los residentes en nuestro país.

En suma, se trata de una cuestión compleja que ha llevado al legislador español a variar los sistemas ideados para atenuar la doble imposición jurídica y económica de los dividendos y rentas económicamente similares (plusvalías de acciones) de forma continuada en los años precedentes. Ahora bien, si consideramos por un lado que la normativa interna contenida en la Ley del Impuesto sobre Sociedades no es la única que aplicaría en distribuciones internacionales de dividendos (o en plusvalías generadas de participaciones), toda vez que también resultarían aplicables en este ámbito los convenios bilaterales para evitar la doble imposición entre Estados; y, en segundo lugar, que recientemente se ha firmado el convenio multilateral para imple-

mentar las medidas del plan BEPS, aún en proceso de ratificación por los 68 estados firmantes, que tiene varios artículos referidos a entidades e instrumentos híbridos, puede concluirse sin ningún temor que la complejidad de la cuestión se eleva a la enésima potencia.

Las señaladas dificultades, sin embargo, no han sido sino un acicate para que la Profesora Mª Eugenia Simón Yarza haya desarrollado de forma magistral la tarea de desentrañar los pormenores del artículo 21 de nuestra actual Ley del Impuesto sobre Sociedades, poniéndola además en relación con la normativa previa, lo que resulta de una singular importancia habida cuenta de lo reciente de la nueva regulación, de la existencia de periodos impositivos aún no prescritos regulados por la anterior normativa y, adicionalmente, del régimen transitorio previsto por ley actualmente vigente.

En un primer capítulo, la autora resume la evolución de las técnicas utilizadas por el legislador español en el seno del Impuesto sobre Sociedades hasta llegar a la actual regulación prevista en la aún reciente Ley 27/2014, de 27 de noviembre.

El segundo capítulo versa sobre la caracterización de las entidades participada y partícipe de las acciones o participaciones sociales de las que derivarían las rentas cuya exención regula el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. La autora discrimina en este capítulo en qué supuestos se permite la referida exención a rentas procedentes de entidades total o parcialmente exentas, de instituciones de inversión colectiva, de sociedades de capital riesgo, de entidades de tenencia de valores extranjeros y de entidades no residentes en territorio español, haciendo una interesante alusión a los establecimientos permanentes en territorio español de entidades extranjeras como destinatarias de las rentas.

El tercer capítulo analiza el régimen tributario de los dividendos, básicamente de fuente interna, con una estructura adecuada en cuanto que diferencia entre los tipos de dividendos que estarían exentos y los que no para, posteriormente, tratar la técnica de corrección de la doble imposición, y todo tanto desde la perspectiva del derecho actual como del inmediatamente previo (Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades de 2004), en el cual existía una deducción que equivalía a la exención total o parcial (50%) de los dividendos obtenidos, como, en fin, en el régimen transitorio contemplado en la actualidad para beneficios generados con antelación a la entrada en vigor de la norma hoy vigente.

Finalmente, en el cuarto capítulo se explica la exención de las plusvalías obtenidas por transmisión de acciones o participaciones sociales, siguiendo un esquema similar al ya referido en relación con los dividendos del capítulo tercero.

En cuanto al cambio normativo que supone el actual artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades respecto de la regulación anterior (unifica el régimen de atenuación de la doble imposición de dividendos de fuentes interna e internacional), la razón no puede encontrarse, como señala la autora, sino en las libertades de la Unión Europea de establecimiento y circulación de capitales que habían llevado a la Comisión a instar a España eliminar la discriminación fiscal existente hasta el momento entre rentas internas y procedentes del exterior del país. Así pues, se deroga

la deducción antes contenida en el art. 30 del Texto Refundido de 2004 (dividendos y plusvalías de fuente interna) para dispensar un tratamiento unificado en el régimen de exención ahora contenido en el art. 21 de la norma.

Ciertamente, podríamos preguntarnos por qué el legislador no ha ido más allá en la atenuación de la doble imposición de dividendos. Esto es, si toda distribución de beneficios entre sociedades (ya sea de forma directa –dividendos– o indirecta –plusvalías–) provoca una doble imposición económica, cabría dilucidar las razones por las que el art. 21 LIS limita la exención a los supuestos en los que se participe en al menos un 5 por 100 a una empresa (o con superación de una cuantía determinada de la participación), lo cual –por cierto– ha conllevado el uso de enrevesadas estructuras "holding", fuente de litigios entre Administración y contribuyentes. En otras palabras: si se entiende, por un lado, que las sociedades son entes instrumentales en la generación y transmisión de beneficios empresariales y, por otro lado, que en toda distribución de dividendos se presenta una doble imposición económica, cabría plantearse por qué no se elimina la misma en todo caso. Posiblemente han sido motivos recaudatorios y no de justicia tributaria los que han propiciado que la exención se reconozca sólo en supuestos de elevadas cuantías y no en otra menores, de igual modo que ocurre en los convenios para evitar la doble imposición (artículo 10 de los Modelos de Convenio de la OCDE y ONU) y, por otro lado, en la Directiva 2011/96/UE.

También cabría preguntarse sobre la racionalidad de mantener dos instrumentos para evitar la doble imposición económica de dividendos internacionales (arts. 21 y 32 de la actual Ley del Impuesto sobre Sociedades). La autora se refiere a ello indicando que resulta difícil entender que se mantenga la deducción contemplada en el art. 32 (deducción o imputación por doble imposición económica de dividendos internacionales) cuando ha desaparecido el plazo para compensar bases imponibles negativas, siendo así que, en su opinión, la explicación podría encontrarse en que el mecanismo previsto en la inmensa mayoría de los convenios para evitar la doble imposición firmados por España es el de deducción y que, consecuentemente, España no quiere que se le critique porque su ordenamiento interno desconoce dicho mecanismo de atenuación. En mi opinión la razón estaría más en constituir una cláusula de cierre para los supuestos en que el art. 21 no resulta aplicable por incumplir los requisitos formulados en el mismo o por tratarse de instrumentos híbridos, con independencia de que exista o no convenio para evitar la doble imposición.

De hecho, nos podríamos incluso cuestionar, más allá de todo lo anterior, cómo se articulan las legislaciones interna y supracional en relación con la atenuación de la doble imposición de dividendos internacionales. En efecto, en la mayoría de los convenios bilaterales firmados por España se recoge un mecanismo de imputación ordinaria o limitada como forma de atenuar la doble imposición de dividendos, mientras que en la legislación interna se prevé para la mayoría de los casos el mecanismo de la exención previsto en el artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Pues bien, aunque en un primer momento pudiera pensarse que los tratados internacionales prevalecen, por su especial resistencia pasiva conforme a lo dispuesto en el art. 96 de nuestra Constitución frente a la normativa interna, lo cierto es que la mayoría de las empresas aplican el citado artículo 21 aun cuando en el convenio aplicable

se prevea un mecanismo de imputación. No ha faltado quien invocara un supuesto principio de aplicación de la norma que resulte más favorable al contribuyente. Sin embargo, parece más razonable entender que el régimen de imputación sólo resulta aplicable cuando se incluyan en la base imponible de la entidad residente española los dividendos percibidos del extranjero, instante mismo en el que se generaría un riesgo de doble imposición; ahora bien, si por el juego del mecanismo de exención previsto en la normativa interna tal circunstancia no se produce, queda invalidado el supuesto de aplicación del método de imputación toda vez que no hay doble imposición que atenuar. Esta es, en mi opinión, la razón por la que se aplique el art. 21 de nuestra Ley del Impuesto sobre Sociedades y no el mecanismo de imputación previsto en los convenios para evitar la doble imposición.

En definitiva, la obra comentada se trata de un ejemplo de buen hacer investigador y universitario, al examinar de forma pautada y profunda, con ejemplos muchas veces tomados de la realidad que resultan ciertamente aclaratorios, una cuestión compleja como es la aplicación de la exención del art. 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades en relación con los dividendos y plusvalías obtenidos por la participación en fondos propios de entidades. Se trata de una cuestión de primer orden para cualquier aplicador del Impuesto sobre Sociedades (ya sea miembro de la Administración, asesor fiscal o juez) habida cuenta de la importancia de la cuestión, motivo por el que el trabajo que ahora recensionamos constituye una consulta obligada para el buen entendimiento de tan complicado y relevante régimen tributario.