

Nueva interpretación española de la cláusula anti-abuso de la directiva matriz filial

José Azqueta
Socio de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE FISCAL

Ignacio Pascual
Abogado de Pérez-Llorca
DEPARTAMENTO DE FISCAL

I. Introducción	114
II. Evolución de la interpretación de la cláusula anti-abuso	115
1. Casos IFF de 22 de enero de 2009 y 16 de junio de 2008	115
2. Casos RHI y Embridge Capital de fechas 25 de noviembre de 2010 y 3 de junio de 2012, respectivamente	116
3. Otras sentencias	117
III. Derecho europeo en la interpretación de la cláusula anti-abuso	117
1. C-6/16, Equiom, de 7 de septiembre de 2017	118
2. C-504/16, Deister Holding AG; y C-613/16, Juhler Holding A/S de 20 de diciembre de 2017	119
3. C-116/16 y C-117/16, T Danmark e Y Denmark Aps	119
IV. Superación de la jurisprudencia y aplicación del derecho europeo en las sentencias de mayo de 2021	120
V. Relevancia de las sentencias	121

Índice/



Resumen: Las sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2021 y 31 de mayo de 2021 relativas a la interpretación de la cláusula anti-abuso incorporada en la implementación en la norma española de la Directiva 2011/96/UE (Matriz-Filial) han supuesto la superación de la doctrina emitida en la materia: los tribunales españoles asumen y aplican sin reservas la doctrina emanada de las sentencias del TJUE, lo que se traduce en una mayor seguridad jurídica; además, la sentencia de 31 de mayo aporta además importantes apreciaciones sobre el concepto abstracto de “motivo económico válido”.

Abstract: The judgments of the National Court of Spain of 21 May 2021 and 31 May 2021 regarding the interpretation of the anti-abuse clause included in Spain’s implementation of Directive 2011/96/EU (Parent-Subsidiary) have resulted in the improvement of the case law issued on the matter: Spanish courts assume and apply the legal principles emanating from the judgments of the CJEU without reservation, which translates into greater legal certainty; in addition, the judgment of 31 May also provides important insights into the abstract concept of “valid economic reasons”.



Palabras clave: Directiva Matriz Filial, carga de la prueba, cláusula anti-abuso, motivos económicos válidos.

Keywords: Parent-Subsidiary Directive, burden of proof, anti-abuse clause, valid economic reasons.

Nueva interpretación española de la cláusula anti-abuso de la directiva matriz filial

I. Introducción

La existencia de un mercado único europeo exige la adopción de normas que garanticen la neutralidad fiscal en el movimiento de capitales. Una de estas disposiciones es la conocida como Directiva Matriz-Filial,¹ (la “**Directiva**”) que la normativa española incorpora en el artículo 14.1.h) del TRLIRNR.

Entre otras medidas, dicha disposición establece la ausencia de tributación (en forma de retención) sobre los dividendos pagados a entidades matrices residentes en la Unión Europea, sujeto al cumplimiento de determinados requisitos. A su vez, el precepto incorpora de forma expresa una cláusula anti-abuso para evitar que terceros ajenos al mercado europeo pudieran beneficiarse de la exención. Así, la exención tributaria puede ser denegada cuando la matriz es controlada, directa o indirectamente, por personas o entidades de terceros países. Esta presunción general de abuso tenía, en su redacción anterior a 2015, unas cláusulas de salida que consistían, básicamente, en que la matriz: (i) realizara una actividad empresarial relacionada con la filial pagadora del dividendo; o (ii) que la matriz, dotada de la sustancia necesaria, tuviera por objeto la dirección o gestión de la filial; o (iii) que concurren para su constitución motivos económicos válidos distintos de los fiscales.

La economía española está conformada, entre otros operadores, por grupos empresariales suprarregionales cuya estructura de tenencia de sociedades hace que en múltiples casos sea necesario invocar la exención doméstica que prevé la Directiva en la repatriación de beneficios a sus socios últimos. Y, en esa medida, las condiciones (formales y materiales) de aplicación de la exención y su concomitancia con el derecho europeo del que dimana han sido objeto de debate jurídico constante.

Las sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:2467) y 31 de mayo de 2021 (ECLI:ES:AN:2021:3097), han traído sosiego a dicho debate en beneficio del contribuyente. En estas sentencias, la Audiencia Nacional enjuicia el cumplimiento de un contribuyente de las cláusulas de salida de la presunción general de abuso, a la luz de la jurisprudencia del TJUE. La relevancia del fallo contenido en estas sentencias es capital por cuanto la convergencia de la posición jurisprudencial española con la jurisprudencia europea supone la superación de la doctrina emitida hasta la fecha en la materia.

La jurisprudencia europea relativa a la interpretación de las normas anti-abuso incorporadas por los Estados Miembros que prevengan el acceso a la Directiva² determina, fundamentalmente, que para denegar el derecho de la exención, es necesario que la Administración acredite en primer lugar la existencia de indicios de abuso en la utilización de la estructura societaria concreta de que se trate y,

1 Directiva del Consejo de 23 de julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes (90 /435 /CEE). Actualmente, Directiva 2011/96/UE del Consejo de 30 de noviembre de 2011]. Actual: Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

2 Casos C-6/16, Egiorm; C-504/16 y C-613-16, Deister & Juhler Holding; y C-116/16, T-Danmark.

solo en ese caso, será el contribuyente quien tenga que desvirtuar la alegación de la Administración.

Adicionalmente, la sentencia de 31 de mayo incluye relevantes apreciaciones sobre la concreción del concepto de “motivo económico válido” tras la constitución de la estructura de que se trate. En este sentido, la Audiencia considera que la creación de una plataforma con vocación de permanencia (en este caso en Luxemburgo) desde donde controlar y gestionar activamente las participaciones en la región europea, cumple tal requisito.

Si bien estos fallos recaen sobre una redacción anterior a 2015 de la norma española, los principios recogidos en estas sentencias deberían ser de aplicación a la redacción vigente en tanto que incluyen principios de jurisprudencia de la Unión y, además, el test de “motivos económicos válidos” se incluye en la redacción anterior y actual de la cláusula.

II. Evolución de la interpretación de la cláusula anti-abuso

El contenido de las sentencias de mayo de 2021 objeto de este análisis es el resultado de la evolución de los tribunales en términos de convergencia con la jurisprudencia europea.

Desde esta perspectiva evolutiva, en el *íter* de pronunciamientos sobre la materia pueden destacarse dos estadios previos: el inicial, en el que los órganos judiciales españoles resuelven con base en argumentos netamente de derecho nacional y en el que se incardinan las sentencias de la Audiencia Nacional de 16 de junio de 2008 y 22 de enero de 2009 (casos IFF); y el intermedio, en el que el juzgador es permeable a la jurisprudencia europea y donde se identifican las sentencias de 25 de noviembre de 2010 (RHI) y de 3 de junio de 2015 (Embridge Capital).

1. Casos IFF de 22 de enero de 2009 y 16 de junio de 2008

En las Sentencias de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2009 (ECLI:ES:AN:2009:147) y de 16 de junio de 2008 (ECLI:ES:AN:2008:2414), que recaen sobre el mismo contribuyente, IFF Benicarló, S.A., se encuentran los dos temas principales de las sentencias de mayo de 2021: (i) la atribución de la carga de la prueba al contribuyente, a pesar de la inexistencia de indicios de fraude; y (ii) la apreciación de la inexistencia de motivos económicos válidos en el grupo societario cuando se presumían o identificaban concurrentes motivos de eficiencia fiscal.

IFF Benicarló era la filial de una entidad matriz residente en Países Bajos, propiedad directa de otra entidad matriz residente también en dicho territorio, que era a su vez filial de la entidad última del grupo residente en Estados Unidos. IFF

Benicarló repartió dividendos en los ejercicios objeto de comprobación a su matriz holandesa, aplicando los beneficios en la Directiva Matriz-Filial.

La Inspección deniega la aplicación de la exención alegando simulación en la estructura societaria.

La Audiencia Nacional valida la actuación de la Inspección al entender que corresponde al obligado tributario la prueba de la inexistencia de abuso en la operativa descrita, al amparo de lo dispuesto en el artículo 114 LGT de la Ley 230/1963 que establecía que “quien haga valer su derecho, debería probar los hechos normalmente constitutivos del mismo,³ y ello aun cuando el obligado había aportado certificaciones emitidas por la entidad holandesa, entre muchos otros datos”⁴.

En relación con apreciación de la existencia de motivos económicos válidos, la sentencia de 16 de junio de 2008 se limita a considerar que el establecimiento en Países Bajos por sí misma solo puede responder a motivos fiscales, sin mayor argumentación⁵. Esta falta de motivación por parte de la Administración, además, es reiterada en idénticos términos en la sentencia de de fecha 22 de enero de 2009.

2. Casos RHI y Embridge Capital de fechas 25 de noviembre de 2010 y 3 de junio de 2012, respectivamente

La sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:AN:2010:5276) es representativa de la evolución de los tribunales, en cuanto resuelve sobre la aplicación de la exención con base en principios de jurisprudencia de la Unión y pone coto a la interpretación expansiva que venía haciendo la Administración respecto de la aplicación de la cláusula anti-abuso actuación que alcanza, en nuestra opinión, su mayor exponente en la actuación que motiva este caso. Esta sentencia de 2010 es una antesala de la que justifica estas líneas.

3 FJ 5º

4 FJ 4º

5 Se constituyó en 1977 en Irlanda, cuando tenía su residencia en Bermuda, en el año 1995 adquirió el 100% de IFF Benicarló y trasladó su residencia a Países Bajos. Y alega la actora que ese cambio de residencia no tenía a beneficiarse de ningún régimen fiscal, sin embargo, no existen motivos económicos válidos que determinen ese traslado si no es el de obtener una exención en materia fiscal).

La española RHI repartió dividendos a su matriz residente en Países Bajos, entidad controlada por una entidad austriaca. Esta entidad pertenecía a la alemana E.ON en un 10,54% y el capital restante cotizaba en las bolsas de Viena y Frankfurt. La Administración denegó la aplicación de la exención sobre la base de que el contribuyente español no acreditó que la mayoría de los socios últimos del grupo, o sea, los titulares de las acciones cotizadas, fueran residentes en la Unión Europea.

La construcción de la sentencia enumera unas razones para decidir novedosas:

La sentencia reconoce que la interpretación de la cláusula anti-abuso incorporada en la norma doméstica debe someterse al tamiz del Derecho de la Unión Europea y, en esa inteligencia, acoge los postulados de la sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 (C-487/08) y la aplica al caso enjuiciado: exigir la identificación de los

titulares últimos para aplicar la exención del IRNR supone una discriminación injustificada, ya que tal identificación previa no se exige para entidades residentes.

Si en las sentencias citadas anteriormente (casos IFF) la Inspección entendía que el cauce para regularizar en el sentido que lo hizo era el artículo 114 de la LGT, esta resolución rechaza de plano esta posibilidad negando la mayor: la exención en el pago de dividendos a matrices de la Unión Europea no es un beneficio fiscal sino un derecho del contribuyente de la Unión para evitar la doble imposición, cuya restricción debe ser excepcional.⁶

Una vez situado el debate en territorio de la Unión Europea, la sentencia entiende que la Administración realiza una incorrecta aplicación de la cláusula anti-abuso ya que invierte la carga de la prueba, al instrumentarla como una suerte de "presunción de fraude" sobre hechos inexistentes o endeble. En este sentido, el tribunal afea que en ningún momento la Administración haya razonado la eventual conducta fraudulenta o abusiva de la entidad perceptora del dividendo⁷.

La Audiencia Nacional entiende, por tanto, que solo la prueba de existencia de indicios claros de abuso por parte de la Administración debe justificar la inversión de la carga de la prueba en la aplicación de la exención, que en todo caso debe someterse a la interpretación y principios de la Unión Europea.

Los principios recogidos en esta sentencia son aplicados cinco años más tarde en *Embridge Capital APS*⁸ si bien, en este caso, el contribuyente no pudo desvirtuar las argumentaciones de la Inspección, que demostró el carácter abusivo de la estructura de tenencia y que consistía en la interposición de una entidad danesa entre la pagadora española y la matriz última canadiense.

3. Otras sentencias

La sentencia de 21 de mayo que concita este artículo, expresamente señala que la resolución tiene como consecuencia "la superación de la doctrina que sobre la cuestión estableció tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional (SAN 31.5.2012, recurso 344/2009, 8.10.2015, recurso 475/2012, 3.6.2015, recurso 264/2012, [Enbridge Capital ya citada] y las del TS de 21 y 22.3.2012, recursos 5228/2008 y 1260/2009) [confirmatoria de IFF Benicarló]".

6 FJ 7º.

III. Derecho europeo en la interpretación de la cláusula anti-abuso

La doctrina que cristaliza en las sentencias de la Audiencia Nacional de mayo de 2021 tiene como causa primera el reconocimiento y la aplicación de jurisprudencia de la Unión Europea recaída en los asuntos C-6/16, *Equiom*; asunto C-504/16, *Deister Holding* y C-613/16, *Juhler Holding*; y C-16/16 y C-117/16, *T Danmark e Y Denmark Aps*.

7 FJ 5º.

8 Sentencia de la Audiencia Nacional, de 3 de junio de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:2235).

Como paso previo al análisis de la evolución de la jurisprudencia de la Unión Europea en la interpretación del concepto de abuso en la utilización de la Directiva Matriz Filial es necesario detenerse en lo que, en esta opinión, justifica la razón de la evolución en la convergencia de los tribunales españoles con derecho europeo.

La redacción original de la Directiva Matriz-Filial incluía en su artículo 1.2 una habilitación a los Estados Miembros para combatir las situaciones de abuso en la utilización de la directiva con apoyo de las normas anti-abuso domésticas, por cuanto no existía ni un mecanismo anti-fraude ni tampoco una definición de abuso en derecho de la UE; no obstante, la progresiva formación de un acervo relativo a la interdicción del abuso en la aplicación del derecho europeo⁹, se proyecta en la interpretación de las normas domésticas que implementan aquéllas por los órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros.

1. C-6/16, Equiom, de 7 de septiembre de 2017

La ley fiscal francesa incluía una provisión por la que no aplicaba la exención si la matriz estaba controlada por personas o entidades de terceros países salvo que la pagadora del dividendo acreditase que “la cadena de participaciones no tiene por objetivo principal o uno de los objetivos principales acogerse a la exención”. La cuestión planteada en el recurso es la adecuación a los principios de la Unión de una norma que establece una presunción general de fraude.

Como se puede comprobar, el supuesto de hecho que describe la norma francesa guarda una amplia analogía con la redacción de la cláusula anti-abuso española anterior a 2015 sobre la que se pronuncian las sentencias de mayo de 2021.

El TJUE resuelve, citando jurisprudencia previa, que el ejercicio del derecho a la exención no puede ser conculcado de forma unilateral por los Estados Miembros¹⁰ y que, en todo caso, dichas medidas y su interpretación tienen que ser acordes con el principio general de prohibición de abuso de derecho¹¹. Como resultado, dispone que todas las medidas nacionales adoptadas en un ámbito que haya sido armonizado con carácter exhaustivo por la Unión Europea debe apreciarse a la luz de las disposiciones de la medida de armonización y no de las del Derecho nacional.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal declara no admisibles las presunciones generales de fraude generales de las operaciones, sino que es necesario un examen individual del caso. Por ello, es necesario que la Administración tributaria aporte, al menos, un principio de prueba o indicio de abuso¹².

Una vez citada la jurisprudencia previa, el TJUE concluye que no es admisible que el contribuyente tenga que acreditar la ausencia de abuso sin que la Administración haya aportado, al menos, un indicio de fraude o abuso.

9 C-196/04, Cadbury y C-255/02, Halifax.

10 KBC Bank y Beleggen, Risicokapitaal, Beheer, C-439/07 y C-499/07.

11 Océ van der Grinten, C-58/01

12 Euro Park Service, C-14/16, EU:C:2017:177

2. C-504/16, Deister Holding AG; y C-613/16, Juhler Holding A/S de 20 de diciembre de 2017

Este pronunciamiento analiza la adecuación a Derecho de la Unión Europea de la norma alemana, que deniega el derecho a la exención en el pago de dividendos a sociedades matrices residentes en la Unión Europea cuando se verifique que:

- no existan razones sólidas, ya sea económicas o de otro tipo, que justifiquen la interposición de la sociedad no residente, o
- la sociedad no residente no obtenga de su propia actividad económica más del 10 % de sus ingresos brutos totales en el ejercicio de que se trate, o
- la sociedad no residente no participe en el tráfico económico general con un establecimiento adecuado para su propio objeto social.

La norma alemana, a diferencia de la francesa, incluye no solo un test de motivo económico válido (vr. gr. la justificación económica o de otro tipo para la interposición de la sociedad) sino también requisitos concretos de actividad (vr. gr. test de ingresos) y de sustancia (vr. gr. características del establecimiento) respecto de la matriz.

Esta redacción de la norma permite que el TJUE se pronuncie no solo sobre la configuración del principio general de abuso de derecho de la Unión, sino sobre la aplicación de este principio a las características de las entidades *holding*.

En relación con el principio general de abuso de derecho, esta sentencia ahonda en la senda señalada previamente por Equiom: los Estados no pueden establecer medidas restrictivas para acogerse a la exención y, en ningún caso, puede justificarse su aplicación en una presunción general de fraude, sino que para ello la Administración debe aportar un indicio de fraude o abuso.

Y, más relevante, en relación con los requisitos de sustancia, esta jurisprudencia entiende que los requisitos establecidos en la norma alemana (*ius et de iure*) conculcan la libertad de establecimiento y que, en todo caso, para determinar la existencia de abuso debe atenderse a la realidad económica y de negocio del grupo. Por ello, no es admisible establecer un test mínimo de sustancia para las sociedades holding.

3. C-116/16 y C-117/16, T Danmark e Y Denmark Aps

Estos asuntos acumulados tratan diversas cuestiones que confirman jurisprudencia previa pero, en lo que aquí interesa, destacamos como novedoso el análisis que hace el Tribunal respecto de la apreciación de una situación objetiva de abuso de derecho en relación con una estructura y el beneficio efectivo de las rentas,

a los efectos de aplicar el beneficio de la exención en el pago de dividendos a matrices de la UE.

Así, el tribunal recuerda que para probar la existencia de abuso es necesario la concurrencia de circunstancias objetivas de las que resulte que, pese a que se cumplan las condiciones formales, la estructura tiene como resultado que de forma material se contraviene el objetivo perseguido por la norma. Y, además, una intencionalidad (elemento subjetivo) de obtener un beneficio mediante un artificio.¹³

Tales “indicios de un escenario artificial” serían:

- La percepción de los dividendos y la transferencia de estos al beneficiario efectivo o a otras sociedades instrumentales con carácter subsiguiente en el tiempo a su obtención;
- En el sentido anterior, la imposibilidad de las sociedades receptoras de disponer para sí de dichas rentas;
- Existencia de contratos entre sociedades del grupo que den lugar a flujos intragrupo;
- Inexistencia de actividad económica real distinta al cobro del dividendo. Para evaluar dicha existencia será necesario evaluar la estructura de gestión de la sociedad perceptora del dividendo, composición de su balance y estructura de coste efectivamente soportados, empleados, instalaciones y equipos.

Como cierre, el tribunal destaca que la Administración no está obligada a identificar el beneficiario efectivo de los dividendos, pero sí probar la existencia de abuso.

IV. Superación de la jurisprudencia y aplicación del derecho europeo en las sentencias de mayo de 2021

La sentencia de 21 de mayo de 2021 que aquí se comenta presenta a un fondo de pensiones canadiense que invertía en España a través de dos entidades intermedias luxemburguesas. En los pagos de dividendos a la entidad luxemburguesa de primer nivel no aplicó retención, respaldado por la emisión de un certificado de residencia fiscal de la matriz que afirmaba era la beneficiaria efectiva de la renta.

La Inspección denegó la aplicación de la exención mediante un análisis de las tres cláusulas alternativas de salida:

¹³ Emsland-Stärke, C-110/99, O. y B., C-456/12.

- Que la matriz realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad desarrollada por la sociedad filial, circunstancia que entendió no concurriría en este caso por cuanto la filial española no realizaba una actividad económica ni aceptó que realización de inversiones empresariales con gestores cualificados lo sean.
- O tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales. En este punto, la sentencia resalta que no es suficiente para desarrollar una actividad empresarial la existencia de una directiva y una oficina, no bastando la existencia de dos consejeros en Luxemburgo.
- O pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en la letra h del artículo 14.1 TRLIRNR. Es aquí donde el contribuyente tuerce la mano a la Administración ya que, a juicio del tribunal, no considera que la Inspección haya probado de forma suficiente la inexistencia de motivos económicos válidos. Así, el argumento de la Inspección de que el carácter de socio último de un fondo de pensiones cuya práctica de mercado es maximizar la inversión y por tanto busca en todo caso un ahorro fiscal no es un argumento que pruebe la inexistencia de tales motivos sino una presunción de fraude que no puede ser admitida bajo derecho europeo por cuanto, además, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba.
- Desde el punto de vista práctico, la sentencia de 31 de mayo incluye una lista de hechos y circunstancias apreciadas por el tribunal que lleva a concluir la existencia de tal motivación y es, en definitiva, la existencia en Luxemburgo de una auténtica plataforma de inversión para la región europea, con vocación de permanencia e independencia en la gestión de la matriz. No obstante, esto no operaría como una presunción a favor del contribuyente, sino que tiene que verificarse caso por caso.

V. Relevancia de las sentencias

Aunque ya en la sentencia RHI el juzgador español fue permeable a la interpretación del concepto de abuso de derecho en la norma europea con base en la jurisprudencia de la Unión Europea, estas sentencias son de gran relevancia por cuanto el juzgador recepciona sin ambages la jurisprudencia europea en materia de abuso.

La asunción del acervo europeo supone un incremento de la seguridad jurídica para el contribuyente en tanto que:

- la apreciación de abuso debe descansar en una intensa actividad probatoria previa de la Administración. Y solo en ese caso, el contribuyente tendrá que alegar de contrario la existencia de motivación económica válida.
- la aplicación por la matriz de un régimen fiscal beneficioso en comparación no empece la concurrencia de motivación válida en la estructura.

Aunque la redacción de la norma anti-abuso de la Directiva se modificó a partir de 2015, la aproximación del juzgador trasciende a la redacción doméstica y consideramos que las conclusiones deben ser también aplicables a la redacción actual.

Se espera que el Tribunal Supremo no altere el contenido de estos pronunciamientos.