

Alerta informativa – Julio 2023

El Tribunal Supremo modifica su jurisprudencia en relación con el art. 14.1. h) TRLIRNR: la carga de la prueba de la existencia de abuso en el reparto de dividendos corresponde a la Administración



María Teresa González
Socia de Procedimientos Tributarios EY

José Manuel Calderón
Consejero Académico EY Abogados

Cástor Gárate
Socio de Tributación Internacional y
Transaccional EY

En esta alerta fiscal analizamos la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 8, 21 y 22 de junio de 2023, rec.cas. 6528/2021, 6522/2021 y 6517/2021, que versan sobre la interpretación de la cláusula antiabuso del artículo 14.1.h) TRLIRNR en relación con los dividendos de salida distribuidos por filiales españolas a sus matrices comunitarias, a la luz de la doctrina del TJUE sobre la carga de la prueba del abuso.

El Alto Tribunal establece que la cláusula antiabuso del artículo 14.1.h) TRLIRNR, en su redacción vigente antes del 1 de enero de 2015, es contraria al Derecho de la Unión Europea por establecer una presunción general de abuso o fraude y trasladar la carga de la prueba de la inexistencia de tal abuso al contribuyente. De esta manera, la cláusula antiabuso debe interpretarse en el sentido de que la carga de la prueba del abuso corresponde a la Administración tributaria, que deberá acreditar en cada caso concreto la existencia de los elementos constitutivos de una práctica abusiva.

Estamos, por tanto, ante una jurisprudencia que posee gran relevancia en relación con estructuras intermedias articuladas por MNEs y plataformas de fondos de inversión.

Introducción

En esta alerta fiscal analizamos la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 8, 21 y 22 de junio de 2023 (rec.cas. nº 6528/2021, 6522/2021 y 6517/2021), que establece una importante jurisprudencia sobre la interpretación de la exención tributaria del art. 14.1.h) TRLIRNR en relación con los dividendos de salida distribuidos por filiales españolas a sus matrices comunitarias.

La Administración del Estado había interpuesto recursos de casación contra la trilogía de sentencias de la Audiencia Nacional (Sentencias de 10 de junio de 2021, rec.1318/2017, 21 de mayo de 2021, rec. 1000/2017 y 31 de mayo de 2021, rec. 925/2017), donde el citado tribunal consideró que la Administración tributaria, en su interpretación del artículo 14.1.h) del TRLIRNR, habría invertido la carga de la prueba del abuso, de forma contraria a lo declarado por la jurisprudencia del TJUE, que no permite presumir la concurrencia de montaje abusivo atendiendo únicamente a la circunstancia de que la entidad holding esté controlada por residentes de países terceros.

Básicamente, el Tribunal Supremo desestima los recursos interpuestos por la Abogacía del Estado al considerar que la Administración tributaria no ha observado las reglas de la carga de la prueba que son aplicables con arreglo a la jurisprudencia del TJUE a la hora de denegar la aplicación de la exención del art. 14.1.h) TRLIRNR, al presumir la concurrencia de una situación abusiva sin acreditar o justificar suficientemente el presupuesto de la cláusula antiabuso recogida en tal precepto.

Sin embargo, cabe advertir que si bien estamos ante un importante avance, a nuestro juicio, la doctrina fijada por el Tribunal Supremo no permite resolver ni cierra el conjunto de cuestiones que se plantean en este contexto, con motivo de las distribuciones de beneficios (o pagos de otras rentas) a sociedades intermedias localizadas o establecidas en otros Estados miembros, allí donde resulta de aplicación una exención tributaria o reducción de tributación efectiva por aplicación del Derecho de la UE o de un Convenio de Doble Imposición concluido por España. Los nuevos estándares fiscales internacionales postBEPS han traído consigo una transformación del sistema fiscal internacional que se materializa en un “nuevo campo de juego”, que impacta muy en particular sobre el concepto y umbral de “práctica fiscal abusiva” a nivel “comunitario”, “convencional” y “doméstico”. Las sentencias del Alto Tribunal que son objeto de comentario ilustran este “cambio de paradigma”. A este respecto, aprovechamos la presente nota para exponer de forma sintética cómo el Derecho de la UE protege determinadas estructuras holding intermedias dotadas de realidad económica, sin que la «baja o débil sustancia» de la que pueden estar dotadas o la «motivación fiscal» a la que en ocasiones pueden responder, en cierta medida, permita a las autoridades fiscales presumir mecánicamente la concurrencia de una situación abusiva o de una estructura corporativa que no puede beneficiarse del Derecho de la UE o de los propios convenios de doble imposición.

Antecedes fácticos

Para poder diseccionar correctamente la problemática jurídica planteada, es necesario previamente analizar los supuestos de hecho discutidos en origen:

Asunto Global Ramayana, S.L. (rec. 6517/2021) y Asunto Global Noray, S.L. (rec. 6528/2021)

En ambos asuntos el supuesto fáctico es muy similar: compañía (holding) española que reparte un dividendo a su matriz residente en Luxemburgo, sin practicar retención a cuenta del IRNR, al considerar que dicho dividendo se encontraba exento conforme al artículo 14.1.h) TRLIRNR, entonces vigente¹.

Dada la similitud en el sustrato fáctico de los dos recursos, en aras a brevedad, nos centraremos únicamente en el rec. 6528/2021 (caso Global Noray).

La entidad luxemburguesa había aportado certificado de residencia y de beneficiario efectivo emitido por las autoridades de Luxemburgo, circunstancia que se consideró suficiente para aplicar la exención del art.14.1.h) TRLIRNR y pagar el dividendo sin practicar la correspondiente retención.

Posteriormente se comunica a la compañía el inicio de actuaciones inspectoras de carácter general, referidas al IRNR, ejercicios 2009 y 2010.

La AEAT considera acreditado que: i) El único activo relevante de la compañía española es un 5% de una sociedad cotizada; ii) Los ingresos de la entidad española consisten fundamentalmente en los dividendos percibidos de su filial; iii) La entidad española es propiedad al 100% de una entidad luxemburguesa que es propiedad, a su vez, de otra holding luxemburguesa. Esta última entidad es propiedad al 100%, aunque de manera indirecta una corporación canadiense de Derecho Público ("*Canadian Crown Corporation*") que tiene como finalidad la gestión de los fondos públicos de pensiones de Canadá.

Por tanto, concluye la AEAT que no resultaba de aplicación la exención comprendida en el artículo 14.1.h) TRLIRNR, al carecer dichas entidades de una verdadera actividad económica, así como por considerar que no existen motivos económicos, sino fiscales, en la constitución de las distintas sociedades europeas dependientes de la matriz canadiense, pues el propietario último del grupo es un fondo canadiense. Así, entiende que el socio único de la entidad española no realiza una actividad empresarial, en el sentido de organización por cuenta propia de medios humanos y materiales, o solo de uno de ellos, con la finalidad de intervenir en la producción de bienes y servicios. En opinión de la AEAT, concurre una dirección y gestión de la sociedad filial sin la adecuada organización de medios materiales y personales y no consta acreditado que se hubiera constituido por motivos económicos válidos, y no para disfrutar indebidamente del régimen previsto en la letra h) del citado artículo 14. Dado que la sociedad filial no tiene actividad económica de ningún tipo, limitándose a cobrar dividendos, no existe una adecuada organización de medios humanos y materiales para dirigir una participada que no realiza una actividad económica.

La regularización, por tanto, se fundamentó en que la sociedad *subholding* no realizaba una actividad económica, carecía de sustancia organizativa suficiente (medios humanos y materiales), y no se habían acreditado motivos económicos válidos para su constitución.

Interpuesta reclamación económico-administrativa contra el acuerdo de liquidación, el TEAC la desestima íntegramente pues considera con la Inspección que lo verdaderamente relevante es si la función económica (*linking function*, valor económico de las actividades realizadas, toma de decisiones relevantes a través de la estructura y su personal cualificado) realizada por las entidades luxemburguesas se adecúa a las finalidades de la citada Directiva 90/435, de la que trae causa el artículo 14.1.h) TRLIRNR, y cuyo objeto es evitar que el tratamiento no armonizado de las relaciones matriz-filial perturbe el buen funcionamiento del mercado común y el principio de libre competencia.

Contra dicha Resolución las reclamantes interpusieron recursos contencioso-administrativos ante la Audiencia Nacional que fueron estimados por las Sentencias de 21 de mayo de 2021, rec. n.º 1000/2017 y 10 de junio de 2021, rec. n.º 1318/2017.

Para la Audiencia Nacional, yerra la Administración tributaria al establecer de *facto* una presunción de finalidad exclusivamente fiscal por el mero hecho de que la matriz sea un fondo de pensiones canadiense, vulnerando además las sentencias del TJUE en los asuntos *Eqiom*², *Deister Holding & Juhler Holding*³, y *T-Danmark*⁴, -que versan sobre la interpretación de la referida Directiva Matriz-Filial en relación con la regulación doméstica de la exención matriz-filial establecida en Francia, Alemania y Dinamarca, respectivamente-, al invertir la carga de la prueba frente a las alegaciones de la actora que invoca la existencia de móviles económicos, al considerar que "*realiza una gestión y dirección coordinada y agrupada de sus participaciones en sociedades operativas localizadas en Europa, eligiendo Luxemburgo por su situación geográfica privilegiada en el centro de Europa*". Como indican dichas sentencias del TJUE, es la Administración tributaria la que debe justificar los presupuestos de aplicación de la cláusula antiabuso, siéndole exigible a esta última una mayor prueba, a través de los distintos medios de información previstos en el Convenio con Luxemburgo y Canadá, realizando los oportunos requerimientos para obtener la información precisa que justifique la inexistencia de motivos económicos válidos.

Además, la Audiencia Nacional expresamente considera superada la doctrina del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 21 de marzo de 2012 (rec.cas. 5228/2008) y 22 de marzo de 2012 (rec.cas. 1260/2009) y, por otro, la suya propia recogida en las sentencias de 31 de mayo de 2012 (rec. 344/2009), 3 de junio de 2015 (rec. 264/2012) y 8 de octubre de 2015 (rec. 475/2012), a raíz de las sentencias del TJUE anteriormente mencionadas.

Por último, la Audiencia Nacional termina concluyendo que la prueba de la existencia de interés económico recogida en el art.14.1.h contiene una inversión de la carga de la prueba semejante a la que contenía el Derecho alemán censurada en la Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2017, por lo que rechaza el planteamiento de cuestión prejudicial, en aplicación de la doctrina del "acto aclarado", otorga aplicación preferente al Derecho de la Unión Europea sobre el art.14.1.h TRLIRNR, respetándose así la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en las sentencias 37/2019 de 26 de marzo y 46/2019, de 8 de abril.

Asunto Qatar Holding Luxembourg II, SARL (rec. 6522/2021)

Una entidad luxemburguesa percibe en los ejercicios 2011 y 2012 varios dividendos de fuente española, así como diferentes primas de asistencia a una junta general de accionistas. Dichos dividendos, así como las primas de asistencia, fueron sometidos a

retención al tipo del 19% o 21% vigente en los respectivos ejercicios, de conformidad con lo dispuesto el TRLIRNR.

La sociedad solicitó y obtuvo, por medio del procedimiento regulado en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 de abril de 2000, la devolución del diferencial existente entre el tipo general de retención (19% o 21%, según el caso) establecido en la LIRNR y el tipo máximo de imposición sobre dividendos en el Estado de la fuente (15%) establecido en el CDI suscrito entre España y Luxemburgo.

En 2013, la sociedad presentó ante la Administración tributaria cuatro modelos 210 IRNR, siendo denegadas dichas solicitudes de devolución por las siguientes razones: (i) por el concepto de dividendos, al no ser de aplicación, a juicio de esa Administración, la exención Matriz-Filial, y (ii) por el concepto de primas de asistencia a juntas, al calificarse por la Administración como dividendos.

Contra los referidos acuerdos denegatorios, la obligada tributaria interpuso reclamación económico-administrativa, que fue desestimada por el TEAC, y recurrió ante la Audiencia Nacional merced al recurso nº 925/2017, siendo estimado por sentencia de 31 de mayo de 2021, cuya *ratio decidendi* se basa en que la entidad recurrente ha acreditado que la sociedad luxemburguesa actúa como un holding, gestiona la cartera y no se trata de una sociedad instrumental, bien al contrario, la gestión de las participaciones que realiza, hace imposible considerarla como entidad instrumental. La estructura de control total único por una entidad catari, no es dato suficiente para entender que la sociedad es instrumental. Afirma que una filial puede actuar con autonomía aun reconociendo una unidad de decisión con su matriz o las sociedades del grupo. No se observa artificiosidad en la constitución y funcionamiento en la entidad luxemburguesa. En cambio, considera acreditados la existencia de motivos económicos válidos. Por el contrario, la Administración no ha aportado elemento probatorio o indiciario alguno que desvirtúe los anteriores datos.

En resumidas cuentas, la Audiencia Nacional estimó los tres recursos interpuestos al considerar que la Administración tributaria no había observado las reglas que disciplinan la carga de la prueba a la hora de denegar la aplicación de la exención del art. 14.1.h) TRLIRNR, al presumir la concurrencia de una situación abusiva sin acreditar o justificar suficientemente, a partir de indicios o elementos objetivos, el presupuesto de la cláusula antiabuso, tal y como exige la jurisprudencia del TJUE en una materia afectada plenamente por el Derecho de la UE. Para los magistrados, de lo expuesto en las Sentencias del TJUE citadas (asuntos *Eqiom* y *Deister Holding & Juhler Holding*), se deduce que la existencia de cláusulas antiabuso no puede invertir la carga de la prueba de la existencia de abuso, la cual corresponde a la Administración tributaria. A este respecto, la Audiencia Nacional consideró insuficiente la actividad probatoria desarrollada por la Inspección de los tributos respecto de la inexistencia de motivos económicos válidos para constituir las entidades luxemburguesas intermedias. En particular, el Tribunal rechazó la presunción de motivación fiscal de la estructura a partir de la consideración de que la matriz comunitaria estaba controlada por una sociedad de un país tercero.

Destaca también en su argumentación la relevancia que otorga a los certificados emitidos por las autoridades luxemburguesas donde se hacía constar su residencia y condición de beneficiario efectivo de los dividendos.

Análisis de jurisprudencia establecida a través de las tres sentencias

Posición de la Abogacía del Estado en los tres recursos de casación

Los argumentos que mantuvo la Abogacía del Estado en los recursos de casación interpuestos se concretan de forma sucinta a continuación:

- ▶ La doctrina de la Audiencia Nacional neutraliza en la práctica lo dispuesto en el 14.1.h) del TRLIRNR, pues obliga a la Inspección a probar un hecho negativo -la inexistencia de motivos económicos válidos- en relación con una entidad no residente, considerando suficientes los motivos genéricos alegados por la entidad para su constitución en Luxemburgo (situación geográfica y razones administrativas) que precisamente por tal carácter son aplicables absolutamente a cualquier sociedad que pudiera constituirse en los Estados que con frecuencia acogen este tipo de estructura.
- ▶ Respecto a la doctrina del acto "aclarado", no hay identidad, ni siquiera semejanza, entre la norma alemana que fue declarada contraria al Derecho de la Unión Europea en la sentencia *Deister Holding & Juhler Holding*, y la norma española entonces vigente. Incorrecta aplicación de la doctrina del acto "claro" o "aclarado".
- ▶ La doctrina de la Audiencia Nacional infringe la sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2019, T Danmark C-116/16 y C-117/16, al haber sido aplicada omitiendo la referencia a su apartado 111, con arreglo al cual si el beneficiario efectivo de un pago de dividendos tiene su residencia fiscal en un Estado tercero, la denegación de la exención contemplada en el artículo 5 de la Directiva 90/435/CEE no precisa en absoluto que se constate un fraude o un abuso de Derecho. Mantiene que el requisito material del beneficiario efectivo previsto en la Directiva resulta de aplicación en el contexto del art.14.1.h) TRLIRNR, aunque tal condicionante no esté recogido en la referida norma nacional. Esto es, considera aplicable la jurisprudencia de los casos daneses a los efectos de la interpretación del art.14.1.h) TRLIRNR, poniendo de relieve cómo tal jurisprudencia vendría a suponer un "overruling" de lo establecido por el TJUE en el asunto *Egiom* donde rechazó la compatibilidad con el Derecho UE de enfoques interpretativos basados en una presunción de abuso que pivote sobre el control de una entidad holding por personas residentes de países terceros.

Los argumentos desplegados por la Abogacía del Estado ponen de relieve como la AEAT está utilizando, de forma selectiva, la jurisprudencia del TJUE sobre prohibición de prácticas fiscales abusivas para cuestionar la aplicación de exenciones fiscales domésticas que operen en situaciones comunitarias; tal utilización de la jurisprudencia del TJUE *pro domo sua* en relación con la aplicación de la exención tributaria prevista en el art.14.1. h) TRLIRNR soslaya la configuración de la normativa interna, toda vez que se recurre a tal jurisprudencia para exigir requisitos materiales no previstos en ella ni en la Directiva Matriz-Filial. No deja de resultar llamativo que la misma Administración que se lamenta del uso jurisprudencial de "metaprincipios", a su juicio contra la literalidad de los textos legales (por ejemplo, el principio de buena administración), alegue el "carácter implícito" de la cláusula de beneficiario efectivo en dichos textos (lo que, por otro lado, casa mal con la necesidad de iniciar un expediente de conflicto en la aplicación de la norma para regularizar la situación del obligado tributario); o, en palabras del propio

Tribunal Supremo (caso Colgate Palmolive), “*resulta asombroso que la cláusula o principio de beneficiario efectivo sea considerada como una especie de norma metajurídica o de Derecho natural que deba imponerse siempre y a todo trance al propio convenio y a una interpretación racional y jurídica de sus preceptos, al margen de su regulación concreta y, por tanto, de la voluntad soberana de los países que los conciertan*”.

En relación con la aplicación de la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación de la exención recogida en la Directiva Matriz-Filial (doctrina “casos daneses”, *Eqiom*, y *Deister Holding*), la Abogacía del Estado parece que únicamente cuestiona el entendimiento que se hace de la misma por parte del contribuyente y la AN, y no tanto su aplicación al caso, ni la concurrencia de los presupuestos de la doctrina del Tribunal de Justicia del “acto claro” y el “acto aclarado”⁵.

Doctrina del Tribunal Supremo

A la vista de la jurisprudencia sentada por el TJUE establecida en las sentencias del 7 de septiembre de 2017 (asunto C-6/16), de 20 de diciembre de 2017 (asunto C-504/16 y C-613/16) y de 26 de febrero de 2019 (asuntos 116/16 y 117/16), el Tribunal Supremo confirmó la doctrina establecida en las tres sentencias de la Audiencia Nacional anteriormente mencionadas y modifica su propia jurisprudencia.

El Alto Tribunal concluye que la cláusula antiabuso del artículo 14.1.h) TRLIRNR, en su redacción vigente antes del 1 de enero de 2015, es contraria al Derecho de la UE por establecer una presunción general de abuso o fraude y trasladar la carga de la prueba de la inexistencia de tal abuso al contribuyente.

Conforme a la citada jurisprudencia del TJUE, para justificar la aplicación de la cláusula antiabuso y denegar la aplicación de la exención, la Administración debe acreditar —atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto— la existencia de los elementos constitutivos de una práctica abusiva. No es posible amparar la denegación de la exención en presunciones generales de fraude (como las que excluyen de la exención a determinadas categorías de contribuyentes) sin que la Administración esté obligada a aportar pruebas o indicios del fraude o abuso, ni tampoco invertir la carga de la prueba, pues ello iría en detrimento de los objetivos de la Directiva Matriz-Filial y de determinadas libertades fundamentales del TFUE.

En definitiva, la interpretación y aplicación de la cláusula antiabuso de la Directiva Matriz-Filial debe hacerse de forma restrictiva, al suponer una excepción a los beneficios de tal Directiva: solamente deberían quedar no exentos aquellos dividendos distribuidos a matrices europeas constituidas en una situación en la que la Administración pueda probar la existencia de un abuso de derecho. Por ello, esta interpretación debería permitir acoger a la exención a todas aquellas distribuciones de beneficios en las que la Administración no pueda acreditar la existencia de fraude o abuso.

La sentencia supone un cambio radical en la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, que hasta la fecha sostenía que la carga de probar la inexistencia de abuso o fraude recaía sobre el contribuyente (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 21 y 22 de marzo de 2012, rec. 5228/2008 y 1260/2009; y de 4 de abril de 2012, rec.cas. 3312/2008) y constituye un cambio de paradigma en la interpretación de la cláusula antiabuso por los contribuyentes y órganos de aplicación de los tributos.

Esta doctrina es plenamente coherente con las reglas generales de reparto de la carga de la prueba (art.105 LGT): el obligado tributario tiene que probar los presupuestos de hecho de la exención o beneficio fiscal y la Administración tributaria tiene que probar los requisitos del abuso para denegar la exención o beneficio fiscal. En cualquier caso, no se exige una prueba plena de los elementos del abuso siendo suficiente un principio de prueba o prueba indiciaria, que como regla general, en combinación con el principio de facilidad probatoria, impide que el obligado tributario pueda desentenderse de la labor probatoria.

Pero desde luego lo que es inadmisibles es que la norma o la Administración Tributaria: establezcan presunciones generales de fraude (invirtiendo la carga de la prueba); establezcan criterios generales predeterminados sin necesidad de proceder a un examen individual; la Administración tributaria convierta en presupuesto de aplicación de la normal la prueba de inexistencia de abuso.

El TS, en el caso Global Noray, incluyó algunas consideraciones en relación con el concepto de beneficiario efectivo con el que parece operar el TJUE en el contexto de la Directiva Matriz-Filial; el Alto Tribunal no abordó esta cuestión con detalle limitándose a reconocer la aplicación de tal jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este ámbito específico. En el caso Qatar holding (rec. 6522/2021), también se indicó que había quedado acreditado la concurrencia del beneficiario efectivo en sede de la sociedad intermedia, a la vista de las funciones y realidad económica dirigida a la gestión de inversiones y activos que se desarrollaba a través de tal plataforma de inversión luxemburguesa. Se infiere, por tanto, de esta jurisprudencia la diferenciación entre beneficiario efectivo y beneficiario último, y cómo el primer concepto principalmente dejaría fuera de su ámbito a las sociedades puramente conductoras que se limitan a cobrar y pagar la renta sin desempeñar otra función, careciendo de realidad económica y motivación comercial.

Por otro lado, el Alto tribunal parece apuntar, en línea con precedentes, hacia la necesidad de que la Administración tributaria utilice los mecanismos de asistencia administrativa mutua en materia tributaria (DAC, CDIs, Convenio Multilateral OCDE 2010) a efectos de constatar los indicios de abuso, y neutralizar la "presunción" de situación de buena fe derivada del certificado de residencia fiscal (y, en ocasiones, de beneficiario efectivo) que se haya aportado.

Consideraciones sobre la jurisprudencia establecida en los tres asuntos

El pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la interpretación del art. 14.1.h) TRLIRNR corrige «lecturas» y aplicaciones de tal cláusula antiabuso que resultaban, cuando menos, dudosamente compatibles con el Derecho de la UE, particularmente allí donde se invierte la carga de la prueba sobre la concurrencia de indicios suficientes de artificiosidad, o se maneja un concepto de abuso que va más allá de situaciones carentes de realidad económica que no están protegidas por las libertades del TFUE o son contrarias al objeto y finalidad de las disposiciones recogidas en Directivas fiscales europeas. De esta manera se rechaza la posición de *overruling* que defendió el TEAC en dos resoluciones de 8 de octubre 2019⁶ respecto de la jurisprudencia *Eqiom* y *Deister holding & Juhler holding* como consecuencia de las sentencias del Tribunal de Justicia en los «casos daneses».

Básicamente, el Tribunal, siguiendo a la AN, viene ahora a alinearse de forma más decidida con la doctrina del TJUE en la materia (asuntos *Eqiom, Deister & Juhler Holding, GS, y T-Danmark*) que, considerada en su conjunto, establece que es la Administración tributaria la que está obligada a acreditar la artificiosidad de la estructura aportando elementos objetivos (indicios relevantes) que evidencien (suficientemente), a partir de un análisis preliminar de las circunstancias de la estructura societaria, que se trata de una estructura carente de realidad económica con pura finalidad fiscal⁷; allí donde las autoridades fiscales aportaran de forma suficiente tales indicios le correspondería al obligado tributario excluir la artificiosidad aportando pruebas de la realidad económica de la operación o estructura en conexión con el motivo económico válido para su articulación.

Nótese a este respecto que la circunstancia de que el contribuyente haya optado por una estructura (o estructuración transaccional) para canalizar una operación, negocio o actividad económica, considerando principalmente el régimen fiscal aplicable (que lleva aparejado el aprovechamiento de «ventajas fiscales»), en modo alguno determina que tal estructura o estructuración sea abusiva o artificial, allí donde esté dotada de realidad económica (estructura genuina o bona fide) o sea acorde con el texto y la finalidad de las normas objeto de aplicación⁸.

De esta forma, la interposición de una sociedad holding intermedia en la UE, aunque puede responder a propósitos fiscales, no constituirá un montaje artificial allí donde esté dotada de realidad económica de forma efectiva (no constituya una «implantación ficticia») y opere funcionalmente de forma consistente con su objeto social (función holding), de manera que pueda estar protegida por el Derecho de la UE.

La aplicación de estos principios generales antiabuso en relación con la exención tributaria del art. 14.1.h) TRLIRNR (y otros contextos jurídicos), plantea no pocas dificultades al tratarse de un test casuístico, en particular cuando se trata de dilucidar el carácter genuino o bona fide vs. artificioso/abusivo de estructuras intermedias (*holding*) que requieren baja sustancia económica.

Conviene insistir a este respecto en la idea de que no puede identificarse «baja sustancia económica» con abuso, ni que la concurrencia de motivación fiscal permite presumir la existencia de un montaje artificial⁹.

Cabe poner de relieve cómo, a pesar de que la jurisprudencia establecida por el TS en los tres asuntos analizados se refiere a la cláusula antiabuso del art. 14.1.h) TRLIRNR en su redacción anterior a la reforma operada por la ley 26/2014 (con efectos a partir de 1 enero 2015), consideramos que la *ratio decidendi* utilizada por el TS para motivar el fallo (la necesidad de que la Administración tributaria justifique de forma suficiente los presupuestos de aplicación de la cláusula antiabuso a través de elementos objetivos que constituyan indicios de artificiosidad o estructura carente de realidad económica, como una «*shell company*» o «sociedad fantasma»), es perfectamente aplicable a la actual cláusula antiabuso del art. 14.1.h) TRLIRNR (e incluso al art. 15 h) LIS), toda vez que ello resulta de la propia jurisprudencia del TJUE en esta materia que resulta de obligada aplicación en este contexto jurídico.

Pensamos, asimismo, que la doctrina del TS permite defender que la jurisprudencia del TJUE sobre prohibición de prácticas fiscales abusivas opera a los efectos de la aplicación de las cláusulas generales antiabuso de la LGT (arts.15 y 16 LGT), allí donde la situación de que se trate esté comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE.

Así las cosas y terminando con una nota positiva, cabría defender que la jurisprudencia del Tribunal Supremo valida (*prima facie*) las estructuras de inversión intermedias (v.gr. holdings) dotadas de realidad económica, como, por ejemplo, las plataformas de inversión internacional, que también habría reconocido la OCDE como estructuras *bona fide* a los efectos de la aplicación de los CDIs.

Cómo EY puede ayudar

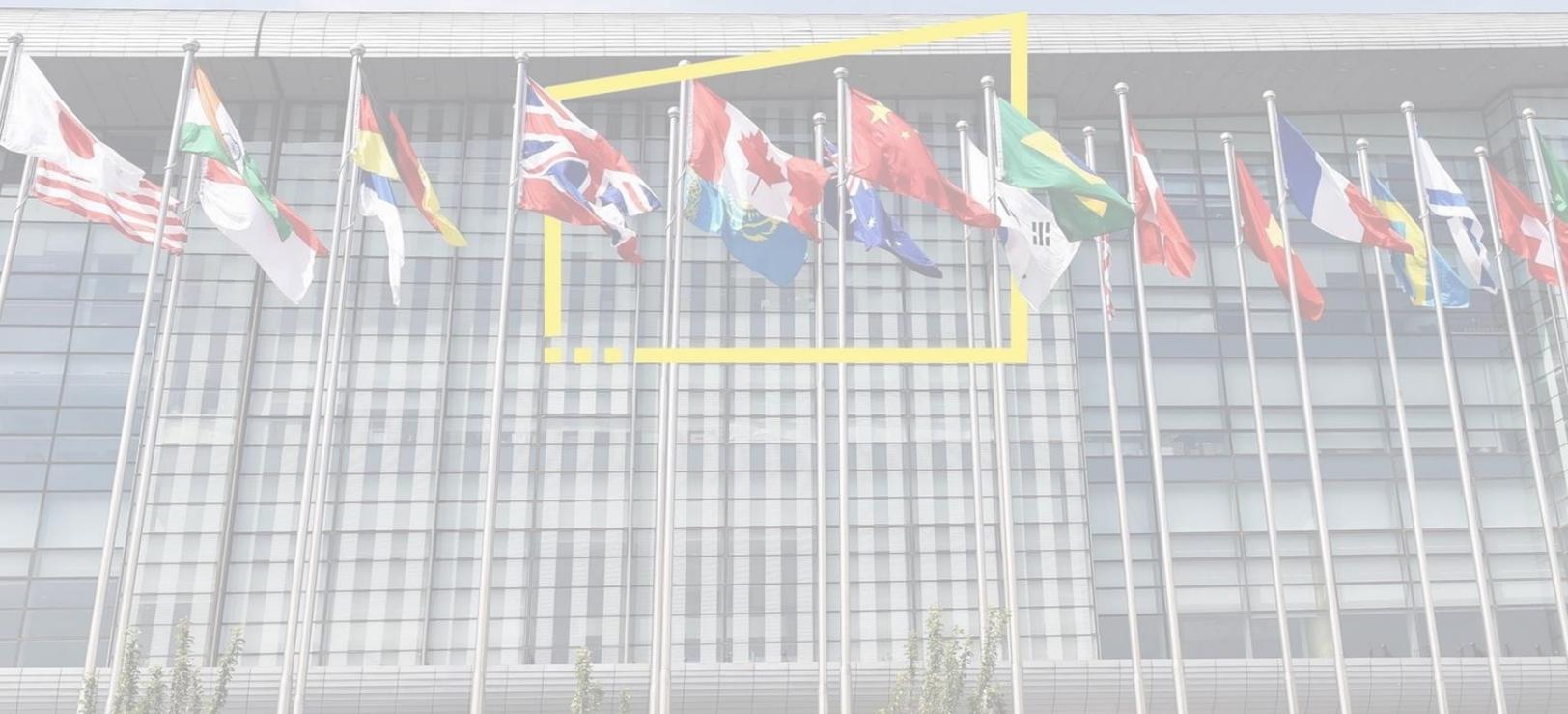
La aplicación práctica de los principios derivados de la jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de prácticas fiscales abusivas (codificada básicamente en el art. 6 de la Directiva 2016/1164, ATAD), pasan por un análisis casuístico de los hechos y circunstancias concurrentes en cada situación, a efectos de valorar si existe o no una estructura o negocio artificioso carente de motivos comerciales y realidad económica (elemento subjetivo del abuso: ausencia de motivos económicos relevantes o de sustancia económica), o que persigue exclusivamente un propósito fiscal en términos tales que resulte contrario al objeto y finalidad de las normas objeto de aplicación (elemento objetivo del abuso).

Con todo, no parece que estemos ante el fin del cuestionamiento del abuso en la utilización de estructuras intermedias, sino más bien ante un reequilibrio en las condiciones de aplicación de determinadas cláusulas antiabuso afectadas por el Derecho de la UE, por lo que no deben descuidarse los aspectos probatorios que adquieren máxima relevancia en un contexto en que la Administración aporte indicios relevantes de la artificiosidad de la estructura.

Resulta altamente recomendable, por tanto, revisar de forma circunstanciada las estrategias de impugnación de regularizaciones efectuadas con base en las cláusulas especiales antiabuso, así como las estructuras corporativas para beneficiarse del Derecho de la Unión Europea o de los propios convenios de doble imposición.

Puedes consultar las últimas [alertas fiscales y legales](#) en nuestro [Centro de Estudios EY](#)

¡[Suscríbete](#) a las newsletters de EY para mantenerte actualizado!



Para cualquier información adicional, contacte con:

Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Cástor Gárate Mutiloa

Castor.GarateMutiloa@es.ey.com

María Teresa González Martínez

MaríaTeresa.GonzalezMartinez@es.ey.com

Acerca de EY

EY es líder mundial en servicios de auditoría, fiscalidad, asesoramiento en transacciones y consultoría. Los análisis y los servicios de calidad que ofrecemos ayudan a crear confianza en los mercados de capitales y las economías de todo el mundo. Desarrollamos líderes destacados que trabajan en equipo para cumplir los compromisos adquiridos con nuestros grupos de interés. Con ello, desempeñamos un papel esencial en la creación de un mundo laboral mejor para nuestros empleados, nuestros clientes y la sociedad.

EY hace referencia a la organización internacional y podría referirse a una o varias de las empresas de Ernst & Young Global Limited y cada una de ellas es una persona jurídica independiente. Ernst & Young Global Limited es una sociedad británica de responsabilidad limitada por garantía (*company limited by guarantee*) y no presta servicios a clientes. Para ampliar la información sobre nuestra organización, entre en ey.com.

© 2023 Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Todos los derechos reservados.

ED None

La información recogida en esta publicación es de carácter resumido y solo debe utilizarse a modo orientativo. En ningún caso sustituye a un análisis en detalle ni puede utilizarse como juicio profesional. Para cualquier asunto específico, se debe contactar con el asesor responsable.

ey.com/es

Twitter: [@EY_Spain](https://twitter.com/EY_Spain)

LinkedIn: [EY](https://www.linkedin.com/company/ey)

Facebook: [EY Spain Careers](https://www.facebook.com/EY_Spain_Careers)

Google+: [EY España](https://www.google.com/+EY_Espana)

Flickr: [EY Spain](https://www.flickr.com/photos/ey-spain/)

- 1 De acuerdo con dicha disposición los dividendos percibidos por matrices comunitarias de filiales españolas están exentos, si bien hay una excepción; lo establecido en esa letra h) no será de aplicación cuando la mayoría de los derechos de voto de la sociedad matriz se posean, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas que no residan en Estados miembros de la Unión Europea, excepto cuando aquélla realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad empresarial desarrollada por la sociedad filial o tenga por objeto la dirección y gestión de la sociedad filial mediante la adecuada organización de medios materiales y personales o pruebe que se ha constituido por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente el régimen previsto en la letra h).
- 2 STJUE de 7 de septiembre de 2017, C-6/16.
- 3 STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-504/16 y C-613/16.
- 4 STJUE de 26 de febrero de 2019, C-116/16.
- 5 STJUE de 27.3.1963, asunto *Da Costa*, 28,29 y 30/1962, y 19.11.1991, asunto *Francovich y Bonifaci*, C-6 y 9/1990, complementaria de la del acto claro, asunto *Cilfit* 6.10.1982, asunto 283/1981.
- 6 Resoluciones del TEAC de 8 de octubre de 2019 (RG 2188/2017 y 85/2017).
- 7 Las sentencias del TJUE en los «casos daneses» hacen referencia a indicadores de artificiosidad, pero, a nuestro entender, no debería realizarse un uso literal y parcial de los mismos, ya que la concurrencia de abuso requiere de un examen casuístico, y una ponderación global y concordante del conjunto de indicios y circunstancias presentes en cada situación.
- 8 De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cabe apuntar que el «elemento subjetivo» del abuso (obtención artificial de una ventaja fiscal) no queda acreditado cuando la operación posee motivos jurídicos o económicos relevantes que reflejan una realidad económica; a su vez, la aplicación de tal pretendida ventaja fiscal, incluso en ausencia de motivos comerciales principales, puede ser consistente o acorde con los fines y objetivos de la normativa de que se trate sin que medie abuso ya que no concurre el «elemento objetivo» del abuso (la aplicación de la ventaja fiscal resulta contraria al objeto y finalidad de la normativa reguladora).
- 9 Véase la reciente STJUE de 25 de mayo 2023, C-114/22, entre otras.