

# Exención por pago de dividendos en la directiva matriz-filial e indicios de abuso de derecho

## Pilar Álvarez Barbeito

Profesora titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de La Coruña  
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

---

*El Tribunal de Justicia de la Unión Europea apunta los indicios de abuso de derecho que pueden suponer el incumplimiento de los requisitos para aplicar la exención por el pago de dividendos prevista en la directiva matriz-filial cuando éstos se obtienen a través de una sociedad instrumental.*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 26 de febrero del 2019, (asuntos acumulados C 116/16 y C 117/16), examina las condiciones necesarias para aplicar la exención por el pago de dividendos regulada en la directiva matriz-filial cuando éstos se obtienen por entidades intermedias europeas que, en última instancia, están controladas por sociedades que no cumplen los requisitos establecidos en la directiva para poder aplicar la citada ventaja fiscal.

En concreto, el tribunal interpreta la citada directiva al hilo de sendos litigios entre el Ministerio de Hacienda danés y dos entidades residentes fiscales en Dinamarca y trata de dirimir si dichas entidades han de liquidar un impuesto retenido en la fuente con motivo del pago de dividendos efectuado a sociedades no residentes, respecto de las cuales la autoridad fiscal considera que no son los beneficiarios efectivos de esos dividendos y, por tanto, que no pueden acogerse a la exención de retención en la fuente establecida por la Directiva 90/435.

*Advertencia legal:* Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

*N. de la C.:* En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

# G A \_ P

En ese contexto, son varias las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia que, básicamente y por lo que aquí interesa, pueden resumirse en las siguientes:

- a) La primera de ellas tiene por objeto analizar si es necesario que exista una base jurídica nacional que permita a un Estado miembro denegar, con motivo de la comisión de un abuso de derecho, el beneficio de la exención establecida en el artículo 5 de la Directiva 90/435 a una sociedad que ha satisfecho dividendos a una sociedad de otro Estado miembro.
- b) La segunda se refiere a los elementos constitutivos de un eventual abuso de derecho y a las maneras de probar tal abuso.

En relación con la primera de las cuestiones apuntadas, el tribunal no comparte el planteamiento de las entidades demandadas en el litigio principal, que consideran que un Estado miembro sólo puede denegar el disfrute de las ventajas previstas en la directiva matriz-filial si la legislación nacional proporciona una base jurídica clara y específica al respecto. Sobre este aspecto, el Tribunal de Justicia, tras invocar el principio de prohibición de abuso del Derecho de la Unión y recordar el objetivo de la Directiva 90/435 —centrado en facilitar los grupos de sociedades a escala de la Unión instaurando normas fiscales neutras respecto a la competencia—, concluye que la falta de disposiciones nacionales o convencionales destinadas a combatir tales prácticas abusivas es irrelevante en relación con la obligación de las autoridades nacionales de denegar el amparo de los derechos establecidos por la Directiva 90/435 cuando sean invocados de manera abusiva.

Sentado lo anterior, el tribunal aborda la segunda de las cuestiones antes referidas, tratando de determinar cuáles son los elementos constitutivos de abuso de derecho y cómo puede probarse la concurrencia de éstos.

A esos efectos, el tribunal recuerda que la prueba de una práctica abusiva requiere, de un lado, un conjunto de circunstancias objetivas del que resulte que, pese al cumplimiento formal de los requisitos establecidos por la normativa de la Unión, no se ha conseguido el objetivo perseguido por ésta y, de otro, un elemento subjetivo consistente en la voluntad de obtener una ventaja derivada de dicha normativa mediante la producción artificial de las condiciones que se requieren para su obtención. Pues bien, aunque se apunta en la sentencia que el análisis de la concurrencia de tales circunstancias sólo podrá efectuarse a la vista de cada caso concreto, ello no impide al tribunal apuntar los indicios que podrán servir de guía a los órganos jurisdiccionales nacionales a efectos de advertir la existencia de una estructura creada con el objeto de disfrutar indebidamente de la exención establecida en el artículo 5 de la Directiva 90/435.

Alude así, en primer lugar, al hecho de que los dividendos, una vez percibidos, sean retransferidos por la sociedad perceptora íntegramente o casi en su totalidad, y en un plazo muy breve, a entidades que no cumplen los requisitos de aplicación de la Directiva 90/435.

Además, señala que será también indicio de que la sociedad perceptora opera como sociedad instrumental el hecho de que pueda constatarse que su única actividad consiste en la percepción

de los dividendos y su transferencia al beneficiario efectivo o a otras sociedades instrumentales. A su vez —concreta—, la falta de una actividad económica real deberá deducirse, teniendo en cuenta las características singulares de la actividad de que se trate, de un análisis del conjunto de los datos pertinentes relativos, en particular, a la gestión de la sociedad, a sus estados contables, a la estructura de sus costes y a los gastos reales soportados, al personal que emplea y a las instalaciones de que dispone.

Será también indiciario de la existencia de una estructura artificial el hecho de que exista a cargo de la entidad perceptora de los dividendos una obligación legal o contractual de transmitir los dividendos a un tercero o, incluso sin mediar tales obligaciones, cuando tal entidad no tenga atribuido el derecho a usar o a disfrutar de dichos importes. Constatándose tales circunstancias, pueden ser varios los indicios de un escenario artificial entre las sociedades implicadas en las operaciones financieras de que se trate, como la existencia de flujos financieros intragrupo, el modo de financiación de las operaciones, la evaluación de los fondos propios de las sociedades intermediarias y el hecho de que no se haya conferido a las sociedades instrumentales el poder de disponer económicamente de los dividendos percibidos.

Por último, el tribunal apunta también como indicio de la existencia de abuso del derecho, la coincidencia o proximidad temporal que pueda existir entre la entrada en vigor de cambios importantes en la legislación fiscal aplicable y la ejecución de operaciones financieras complejas con la concertación de préstamos en el seno de un mismo grupo, como sucedía en este caso.

Así pues, completando su criterio tradicional sobre los montajes puramente artificiales, el Tribunal de Justicia menciona los indicios que entiende relevantes para que pueda acreditarse la existencia de un abuso de derecho, siempre que éstos sean objetivos y concordantes, abuso que podrá constatarse —afirma el propio tribunal— aun cuando el beneficiario efectivo de los dividendos transferidos por las sociedades instrumentales sea finalmente una sociedad que tenga su sede en un Estado tercero con el que el Estado miembro de la fuente haya celebrado un convenio fiscal en virtud del cual los dividendos no habrían estado sujetos a retención si hubieran sido pagados directamente a la sociedad que tiene su sede en ese Estado tercero.

A mayor abundamiento, el tribunal, además de señalar que la existencia de tal convenio no excluye por sí misma un abuso de derecho, afirma que, si el beneficiario efectivo de un pago de dividendos tiene su residencia fiscal en un Estado tercero, la denegación de la exención prevista en el artículo 5 de la Directiva 90/435 no precisa en absoluto que se constate un abuso de derecho. Y ello porque los mecanismos arbitrados en ella no fueron concebidos para ser aplicados cuando el beneficiario efectivo de los dividendos es una sociedad que tiene su residencia fiscal fuera de la Unión, ya que, en tal caso, la exención de la retención en la fuente de dichos dividendos en el Estado miembro del que proceden podría dar lugar a que tales rentas escapen a toda tributación efectiva en la Unión.

Para terminar, y en relación con la carga de la prueba del abuso de derecho, interesa destacar la conclusión del tribunal basada en la complejidad que suelen revestir las referidas estructuras

# G A \_ P

artificiosas, en virtud de la cual y a efectos de la negativa a reconocer a una sociedad como beneficiaria efectiva de unos dividendos o de la prueba de la existencia de un abuso de derecho, afirma que una autoridad nacional no está obligada a identificar a la entidad o entidades a las que considera beneficiarias efectivas de esos dividendos.