

Alerta informativa – Julio 2021

Nueva doctrina de la Audiencia Nacional sobre la interpretación de la exención del art.14.1.h) TRLIRNR a la luz de la jurisprudencia del TJUE



Rocío Reyero
Socia codirectora EY Abogados

Araceli Sáenz de Navarrete
Socia de Transacciones y Tributación
Internacional EY Abogados

José Manuel Calderón
Consejero Académico EY Abogados

Introducción

La Audiencia Nacional, a través de su sentencia de 21 de mayo de 2021, se ha pronunciado sobre la interpretación de la exención tributaria que regula el art.14.1.h) TRLIRNR para los dividendos de salida distribuidos por filiales a sus matrices comunitarias.

La Audiencia Nacional estimó el recurso presentado por el obligado tributario (retenedor) frente a la resolución del TEAC, de 5 de julio de 2017 (RG.2155/2014), que desestimó la reclamación económico-administrativa frente a una liquidación dictada el 7 de marzo de 2014, por IRNR (retenciones a cuenta, enero 2009-diciembre 2010), estando vigente *ratione temporis* la redacción del art.14.1.h) TRLIRNR anterior a la reforma operada por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, que modifica la regulación del IRNR con efectos a partir de 1 enero de 2015.

Básicamente, la AN estimó el referido recurso al considerar que la administración tributaria no había observado las reglas de la carga de la prueba que son aplicables con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (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, a partir de indicios o elementos objetivos, el presupuesto de la cláusula antiabuso.

La Audiencia Nacional, de esta forma, da un importante paso adelante en la recepción de la jurisprudencia del TJUE en esta materia, incorporando tal doctrina, globalmente considerada, a la interpretación de la normativa doméstica que transpone o está afectada por el Derecho de la UE.



I. Antecedentes fácticos del caso

El caso, como ya hemos avanzado, tiene que ver con un procedimiento de inspección iniciado en 2013 respecto de una entidad española cotizada, en relación con la práctica de retenciones IRNR 2009-2010.

La AEAT consideró que la entidad española aplicó de forma incorrecta la exención del art.14.1.h) TRLIRNR en relación con las distribuciones de dividendos realizadas a favor de una entidad *subholding* luxemburguesa (SARL) que ostentaba una participación del 5% en su capital social. Tal entidad *subholding* estaba participada al 100 por 100 por otra entidad holding luxemburguesa cuyo accionista último venía siendo un Fondo de Pensiones canadiense (PSP), que constituye una corporación canadiense de Derecho Público (*Canadian Crown Corporation*) que tiene como finalidad la gestión de fondos públicos de pensiones de diversos colectivos de funcionarios. La referida entidad *subholding* luxemburguesa aportó 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.

La liquidación tributaria en concepto de retenciones no practicadas en sede de IRNR se fundamentó en que no era de aplicación la exención del referido art.14.1.h) TRLIRNR, al carecer las referidas entidades extranjeras de una verdadera actividad económica, así como por considerar que no existen motivos económicos válidos 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. A su vez, la inspección consideró que la entidad *subholding* luxemburguesa carecía de la adecuada organización de medios humanos y materiales para realizar su objeto social. 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.

Frente a tal liquidación se presentó reclamación económico-administrativa que fue desestimada por el TEAC a través de su resolución de 5 de julio de 2017.



II. Pronunciamiento de la Audiencia Nacional

La AN, oídas las partes y considerando sus argumentos, consideró que la controversia debía resolverse a partir de la interpretación del art.14.1.h) TRLIRNR a la luz de tres sentencias del TJUE dictadas en relación con la exención de tributación en la fuente de dividendos recogida en la Directiva 90/435/CEE Matriz-Filial.

Estas tres sentencias del TJUE recayeron en los asuntos *Eqiom*¹, *Deister Holding & Juhler Holding*², y *T-Danmark* (TDC case)³, 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.

La AN reprodujo buena parte de tales pronunciamientos del TJUE, concluyendo que “*de lo expuesto en dichas sentencias se deduce que la existencia de cláusulas antiabuso, no pueden invertir la carga de la prueba de la existencia de abuso, la cual corresponde a la Administración tributaria*” (Fj.4º *in fine*).

Llegado a este punto procedió a aplicar esta doctrina del TJUE al caso litigioso, considerando la redacción del art.14.1.h) TRLIRNR aplicable *ratione temporis* (anterior a la reforma operada por la ley 26/2014), que contemplaba tres supuestos en los que la concurrencia de uno de ellos justificaría la exención:

- ▶ Que la matriz realice efectivamente una actividad empresarial directamente relacionada con la actividad 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 del régimen previsto en la letra h del art.14.1 TRLIRNR.

Respecto del primer supuesto de exención, la AN consideró que la administración tributaria española acreditó que la filial española no realiza actividad económica, por lo que no puede tampoco afirmarse que haya una actividad empresarial relacionada con la de la matriz, no bastando con decir que la recurrente y la matriz luxemburguesa son gestores cualificados que realizan inversiones empresariales conforme a su objeto social, siendo preciso, porque así lo exige el precepto, la realización de una actividad empresarial. Continúa la AN argumentando que la filial no se deduce el IVA soportado, limitándose a recibir los beneficios de la participación.

La misma suerte corrió el análisis de la aplicación del segundo supuesto de exención. La AN consideró que los supuestos medios con que la entidad *subholding* cuenta en Luxemburgo, una directiva y una oficina, resultan insuficientes para considerar que cuenta con una estructura mínima para desarrollar una actividad económica y concluir que la misma no resulta artificial. El tribunal de Madrid considera que cabe concluir con la Inspección que ni la recurrente ni las sociedades luxemburguesas cuentan con activos fijos, ni trabajadores, no bastando con la participación común de dos consejeros en las sociedades de Luxemburgo.

Respecto del tercer supuesto de exención, la AN comienza indicando que el art.14.1.h) TRLIRNR contiene una inversión de la carga de la prueba similar a la que enjuició el TJUE en los asuntos *Egiom* y *Deister Holding & Juhler Holding*. A este respecto, la AN consideró insuficiente la actividad probatoria desarrollada por la Inspección de los tributos respecto de la inexistencia o no concurrencia de motivos económicos válidos para constituir las entidades luxemburguesas intermedias.

En particular, la AN rechazó la presunción de motivación fiscal de la estructura a partir de la consideración de que el accionista último era un fondo de pensiones canadiense que busca por definición la máxima rentabilidad financiera para sus partícipes, de manera que lo único que puede justificar una estructura europea es el ahorro de impuestos.

Este razonamiento (estructura triangular creada por un fondo de inversiones como estructura con finalidad fiscal) fue rechazado por la AN, al entender que determinaba de facto una presunción de finalidad exclusivamente fiscal por el hecho de que la

La sentencia pone en valor el certificado emitido por las autoridades luxemburguesas donde se hacía constar su residencia y condición de beneficiario

matriz de la estructura fuera un fondo de pensiones canadiense. Tal presunción de abuso a partir de circunstancias no indicativas de montaje artificial se consideró contrario a la jurisprudencia del TJUE dictada en los referidos asuntos, al invertir la carga de la prueba frente a las alegaciones de la recurrente 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” (fj.5).

La AN, de forma interesante, abunda en esta argumentación derivada de la interpretación del art. 14.1.h) TRLIRNR (en su versión anterior a la reforma operada por la Ley 26/2014) en el sentido que le corresponde a la Administración tributaria la carga de justificar los presupuestos de aplicación de la cláusula antiabuso, siéndole exigible a esta última una mayor prueba a través de las potestades administrativas que ostenta, incluyendo los mecanismos de asistencia administrativa mutua en materia tributaria que prevén los CDIs con Luxemburgo y Canadá.

La sentencia de la Audiencia Nacional también puso en valor a estos efectos el certificado emitido por las autoridades luxemburguesas donde se hacía constar su residencia y condición de beneficiario efectivo de los dividendos.

Acto seguido el referido tribunal rechazó la procedencia del planteamiento de cuestión prejudicial, invocando la doctrina del “acto aclarado” y el principio de primacía del Derecho de la UE, a partir de una interpretación del art. 14.1.h) TRLIRNR conforme con la jurisprudencia dictada por el TJUE sobre la misma materia.

Tal posición llevó a la AN a considerar superada la doctrina jurisprudencial que sobre la cuestión objeto del recurso había establecido tanto el Tribunal Supremo como la propia Audiencia Nacional⁴.

El fallo de la AN atendió al incumplimiento de la carga de la prueba a la hora de justificar de forma suficiente los presupuestos de la cláusula antiabuso

El fallo estimatorio del recurso contencioso-administrativo interpuesto por el obligado tributario, atendió básicamente a la apreciación del incumplimiento de la carga de la prueba que le corresponde a la administración tributaria española a la hora de justificar de forma suficiente, mediante elementos objetivos que constituyan indicios de artificiosidad, los presupuestos de la cláusula antiabuso del art. 14.1.h) TRLIRNR, a la luz de la jurisprudencia del TJUE en la materia.



III. Consideraciones finales sobre las implicaciones derivadas de la sentencia de la AN

El pronunciamiento de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2021 sobre la interpretación del art.14.1.h) TRLIRNR, a nuestro modesto entender, debe valorarse positivamente en tanto en cuanto recepciona importantes principios derivados de la jurisprudencia del TJUE en esta materia –como el de asignación a la Administración de la carga de la prueba de los indicios objetivos de artificiosidad que constituyen los presupuestos de una cláusula antiabuso- que deben aplicarse en la práctica para lograr una aplicación de estas normas antiabuso de forma consistente o compatible con el Derecho de la UE, corrigiendo así “lecturas” y doctrina precedente sobre las mismas que resultaban, cuando menos, dudosamente compatibles con el Derecho de la UE. La sentencia, no obstante, no aborda en profundidad, ni contiene un análisis completo de la compleja doctrina establecida por el TJUE sobre la diferenciación entre estructuras bona fide u operaciones genuinas, y esquemas puramente artificiales constitutivos de prácticas abusivas.

Básicamente, la AN ahora viene a alinearse de forma más decidida con la doctrina del TJUE en la materia (asuntos *Egiom*, *Deister & Juhler Holding*, *GS*, y *T-Danmark*) que, considerada en su conjunto, establece que es la administración la que está obligada a acreditar la artificiosidad de la estructura aportando elementos objetivos (indicios relevantes) que evidencien que se trata de una estructura carente de realidad económica con pura finalidad fiscal; allí donde las autoridades fiscales aportaran de forma suficiente tales indicios objetivos de artificiosidad, 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, valiéndose de cualquier medio admitido en Derecho.

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 aplicación. 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 (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. De hecho, existen pronunciamientos en este sentido de la propia Audiencia Nacional referidos a ETVEs.

Cabe poner de relieve cómo la doctrina de la AN, como ya hemos indicado, 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). Sin embargo, la *ratio decidendi* utilizada por la AN para motivar el fallo de esta sentencia (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, toda vez que ello resulta de la propia jurisprudencia del TJUE en esta materia que resulta de obligada aplicación en este contexto jurídico.

No puede perderse de vista, no obstante, que 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 realidad económica, o que persigue exclusivamente un propósito fiscal que resulta contrario al objeto y finalidad de las normas objeto de aplicación.

Ciertamente, 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 en sí mismas requieren baja sustancia económica.

En este sentido, no podemos compartir plenamente los razonamientos recogidos en la sentencia de la Audiencia Nacional (fj.5) sobre el concepto de actividad económica, ni en relación con la sustancia económica mínima para desarrollar una actividad económica (holding) y concluir que no es artificial. De hecho, en nuestra modesta opinión, tales razonamientos no están alineados con la jurisprudencia del TJUE en esta materia.

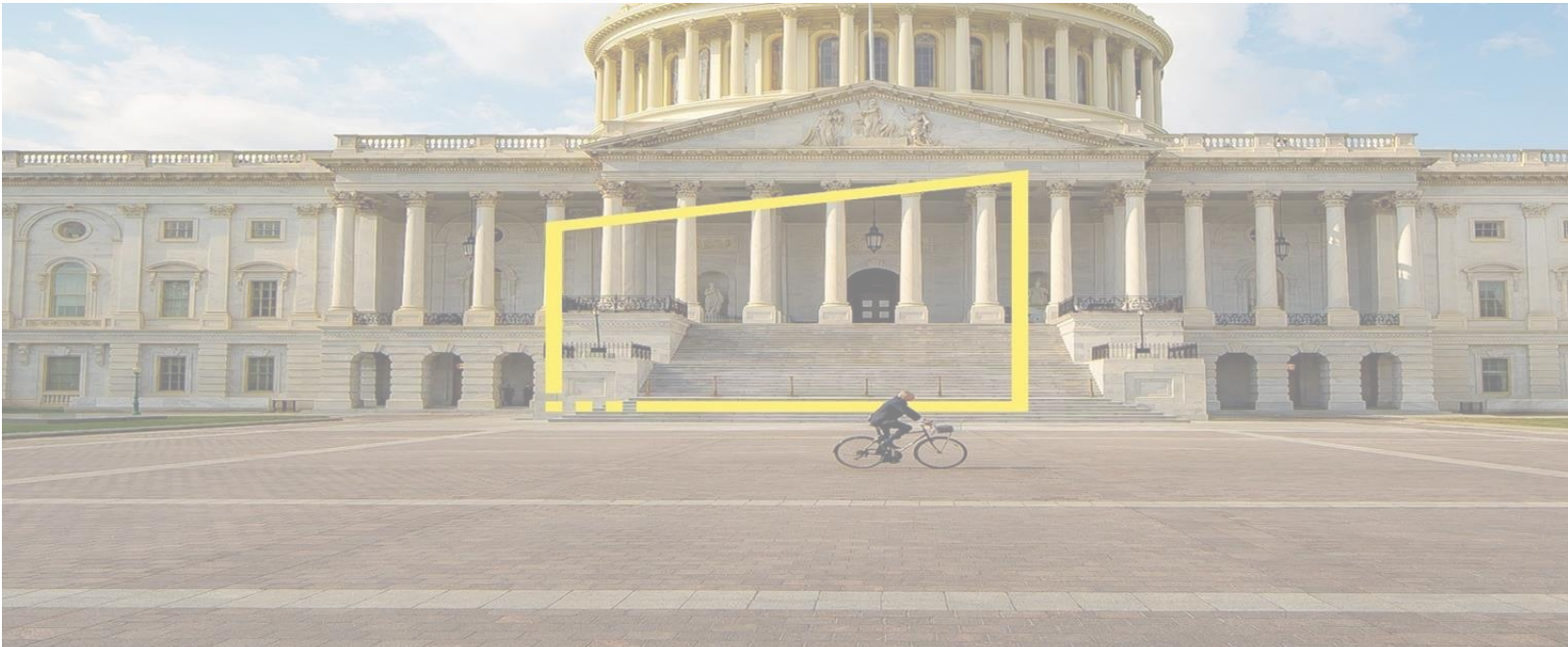
Existen, no obstante, otros elementos y pasajes de la sentencia de la AN que deben ponerse en valor, más allá de lo ya indicado más arriba. Así, por un lado, cabe mencionar cómo el tribunal valida como motivo económico válido la constitución de una estructura holding en Luxemburgo para desarrollar en su territorio una actividad de gestión y dirección coordinada y agrupada de sus participaciones operativas en Europa, lo cual encaja con posicionamientos de la propia OCDE. Por otro lado,

Se valida como motivo económico válido, la constitución de una estructura holding en Luxemburgo, para desarrollar en su territorio una actividad de gestión y dirección coordinada y agrupada de sus participaciones operativas en Europa

Se establece una conexión entre la carga de la prueba de los presupuestos de abuso que le corresponde a la Administración y la utilización efectiva de sus potestades administrativas de obtención de información

también es reseñable la puesta en valor de los certificados fiscales emitidos por las autoridades de otros Estados miembros a efectos de aportar un principio de prueba de estructura bona fide. Y, en tercer lugar, cabría llamar la atención sobre la conexión que la AN establece entre la carga de la prueba de los presupuestos de abuso que le corresponde a la Administración y la utilización efectiva de sus potestades administrativas de obtención de información, incluyendo los mecanismos de asistencia administrativa mutua en materia tributaria.

Ciertamente, este pronunciamiento de la AN puede (y debe) contribuir a una aplicación del art.14.1.h) TRLIRNR (y de otras cláusulas antiabuso) más acorde con el Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de prácticas fiscales abusivas. Sin embargo, no parece que esta sentencia vaya a “pacificar” la aplicación de esta normativa, toda vez que, más allá de que estén pendientes de resolver en la AN casos importantes sobre esta misma materia, lo cierto es que existen muchos otros aspectos de la regulación del IRNR, del IS-IRPF, y de los CDIs que, particularmente tras la implementación una serie de medidas derivadas directa o indirectamente del Proyecto OCDE/G20 BEPS 1.0, plantean, como consecuencia de su configuración técnica subjetiva y casuística, complejas cuestiones de gran trascendencia práctica que están generando controversias fiscales de alto voltaje a nivel internacional.



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.

Rocío Reyero Folgado
Araceli Saenz de Navarrete

Rocio.ReyeroFolgado@es.ey.com
Araceli.SaenzdeNavarreteCrespo@es.ey.com

Notas

- ¹ STJUE de 7 de septiembre de 2017, C-6/16.
- ² STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-504/16 y C-613/16.
- ³ STJUE de 26 de febrero de 2019, C-116/16.
- ⁴ La AN en particular se refirió por un lado, a las SSTS de 21 y 23 de marzo de 2012 (recs.5228/2008 y 1260/2009), y, por otro, a las sentencias de la AN de 31 de mayo de 2012 (rec.344/2009), 8 de octubre de 2015 (rec.475/2012) y 3 de junio de 2015 (rec.264/2012).

EY | Assurance | Tax | Transactions | Advisory

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.

© 2021 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/EYSpainCareers)

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

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