

A TRIBUTAÇÃO DOS “JUROS BRASILEIROS” NUM CONTEXTO TRANSNACIONAL, A PARTIR DA PERSPECTIVA DO SISTEMA ESPANHOL: RECENTES DESENVOLVIMENTOS JURISPRUDÊNCIAIS, ADMINISTRATIVOS, E LEGAIS

TAXATION OF BRAZILIAN “JUROS” IN A TRANSNATIONAL CONTEXT, UNDER THE SPANISH LEGAL SYSTEM PERSPECTIVE: RECENT CASE LAW, ADMINISTRATIVE APPROACHE AND LEGISLATIVE DEVELOPMENTS

María Cruz Barreiro Carril¹

Sumário

I.- Introdução. II.- Os chamados “juros brasileiros”, um exemplo de instrumentos financeiros híbridos. III.- Os instrumentos híbridos numa situação transnacional: Os juros distribuídos por filiais residentes no Brasil para as suas matrizes espanholas. IV.-: Considerações finais: Rumo a um tratamento fiscal consistente de híbridos em todo o mundo? V.- Referências. Palavras-chave: instrumentos financeiros híbridos, juros sobre o capital próprio, dupla tributação internacional.

Resumo

Este trabalho tem por objetivo analisar os recentes desenvolvimentos que tiveram lugar em Espanha em torno dos juros brasileiros. Para este fim, analisa-se em primeiro lugar, o sistema jurídico brasileiro dos juros, para, em seguida, explicar os problemas colocados do ponto de vista fiscal, quando a sua distribuição ocorre em um contexto transnacional, referindo-se as posições assumidas pelo Tribunal Econômico Administrativo Central e pela Audiência Nacional em torno dos juros brasileiros, bem como os aspectos da atual reforma fiscal que afeta os referidos juros quando são

¹ Profesora Doctora de Derecho financiero y tributario Universidad de Vigo

auferidos por sociedades residentes em Espanha. Para concluir, faz-se uma breve referência aos recentes trabalhos adotados pela OCDE e pela União Europeia, para resolver os problemas, a nível mundial, da tributação dos instrumentos híbridos, tais como os “Juros brasileiros”.

Summary

I.- Introduction. **II.-** The so-called “juros brasileiros”, an example of a hybrid financial instrument. **III.-** Hybrid instruments in a transnational situation: “juros” obtained by Brazilian subsidiaries that are distributed to their Spanish parent companies. **IV.-** Final considerations: ¿Towards a coherent tax treatment of hybrids? **V.-** Bibliographical references.

Abstract

This article aims to analyse the Spanish recent developments on the Brazilian “Juros”. The article first analyses their tax regime and it explains then some of the problems arising when their distribution takes place in a transnational scenario, referring to some of the latest resolutions of the Spanish Administrative Court and to the decision of the National Court of 27 February 2014, dealing with JSCP, as well as to the latest legislative reforms affecting hybrid instruments. The article finally refers to the recent works of both the OECD and the EU addressed to solve some of the problems arising from the taxation of hybrid instruments, in a global context, as in the case of the *juros sobre o capital próprio*.

Keywords: Hybrid financial instruments, *juros sobre o capital próprio* (interest on net equity), international double taxation.

Introducción

El 27 de febrero de 2014, la Audiencia Nacional² se pronunció a favor de la aplicación de la exención para evitar la doble imposición económica internacional prevista en el artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (“TRLIS”, en adelante)³, a los denominados “juros brasileños”. El referido TRLIS ha sido recientemente sustituido, con efectos de 1 de enero de 2015, por la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre

² Recurso 232/2011.

³ Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Sociedades (“Ley 27/2014” o “nueva LIS”, en adelante). La Audiencia Nacional, a través del referido pronunciamiento, contradecía la doctrina mantenida por el Tribunal Económico Administrativo Central, y favorecía la posición fiscal de los inversores españoles en Brasil.

El presente trabajo tiene por objeto dar cuenta de los últimos desarrollos administrativos, jurisprudenciales y legislativos que se vienen produciendo en España en torno a los “juros brasileños”. A tales efectos, analizaremos, en primer lugar, el régimen jurídico brasileño de las referidas rentas, así como su naturaleza jurídica, para, seguidamente, explicar los problemas que tales rentas plantean, desde un punto de vista fiscal, cuando su reparto se produce en un contexto transnacional, haciendo referencia a las posiciones recientes adoptadas por las autoridades administrativas y judiciales españolas al respecto, así como a algunos de los aspectos de la nueva LIS, que tienen incidencia sobre las referidas rentas, cuando son obtenidas por entidades residentes en España. A modo de conclusión, nos referiremos, brevemente, a los recientes trabajos adoptados desde la OCDE y la Unión Europea, para atajar los problemas que plantea, a nivel global, la tributación de los instrumentos híbridos, tales como los referidos “juros brasileños”, poniendo de manifiesto cómo las recientes iniciativas del legislador español son coherentes con los referidos trabajos.

1 Los denominados “juros brasileños”, un ejemplo de instrumentos financieros híbridos.

Los “*juros sobre o capital próprio*” (JSCP, en adelante) fueron creados por la Ley brasileña nº 9.249/95, de 26 de diciembre, con el fin, *inter alia*, de incentivar la financiación de las empresas brasileñas a través de capital, en lugar de hacerlo a través del recurso a la deuda, pretendiéndose evitar situaciones en las que los socios realizan inversiones por medio de préstamos, cuando la esencia de tal financiación es, en realidad, la propia del capital⁴. Tal situación se producía debido al trato fiscal, más ventajoso, recibido por la remuneración de la deuda frente a la derivada del capital⁵. Como sucede en muchos casos, también en Brasil, mientras los pagos de dividendos -forma tradicional de remuneración del capital-, no son deducibles en sede de la entidad que los reparte, los correspondientes a intereses (*juros passíveis*) sí son deducibles a la hora de calcular el Impuesto

⁴ Así lo expone Mariana MIRANDA LIMA en *A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar a dupla tributação*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, 2009, pág. 143.

⁵ Sobre las diferencias, a efectos fiscales, entre deuda y capital, véase CASTRO ARANGO, José Manuel. *Límites a la capitalización encubierta en España: problemas comunitarios y convencionales de los nuevos artículo 10 y 14. 1 b) del TRLIS*, Revista de Contabilidad y Tributación, n. 376, 2014, pp. 81-128, p. 85.

sobre Sociedades de la entidad pagadora⁶. Con el fin de fomentar la realización de inversiones a largo plazo por medio de capital propio, se crearon los JSCP, eliminando el trato discriminatorio que sufría, desde un punto de vista fiscal, el capital, autorizando la deducibilidad de la parte de remuneración del capital propio correspondiente con el coste de oportunidad de la inversión⁷.

A la luz de la legislación mercantil, contable y de control de cambios brasileña, puede concluirse con CALDERÓN CARRERO que la naturaleza jurídica de los JSCP “se corresponde prevalentemente con una distribución de resultados societarios”⁸. Existe un amplio consenso por parte de la doctrina brasileña en el hecho de que los JSCP son una forma de remuneración de los socios, distinta de los dividendos, pero que nada tiene que ver con los intereses derivados de los préstamos⁹. En efecto, se trata de una forma de distribución de beneficios a los socios, en proporción a su participación en el capital de la sociedad, y que requiere, por tanto, la existencia de beneficios, remanente o reservas en el ejercicio en el que se acuerda su distribución. Además, a diferencia de los pagos de intereses, los JSCP son opcionales para la entidad pagadora, que puede decidir, a través de un acuerdo (de la Junta de accionistas), repartir su resultado en forma de JSCP. Por lo tanto, los JSCP no tienen causa en un contrato, como sucede en el caso de los intereses derivados de un préstamo¹⁰.

Sin embargo, la posibilidad de deducción en la base imponible de la sociedad pagadora, si bien bajo determinadas condiciones y con arreglo a ciertos límites, introduce, en la referida figura rasgos propios de los instrumentos de deuda¹¹. En efecto, los JSCP pueden deducirse a la hora de calcular el Impuesto sobre Sociedades de la sociedad pagadora, siempre que se cumplan determinados requisitos, *inter alia*, que existan resultados del ejercicio o reservas acumuladas suficientes –en la medida en que los JSCP no pueden superar el 50% de unos u otros-, que sean calculados sobre las cuentas de patrimonio neto y limitados a la

⁶ *Ibidem*, p. 142.

⁷ Así lo explica MIRANDA LIMA (*Ibidem*, p. 143).

⁸ *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición al hilo de la Resolución del TEAC sobre híbridos financieros: la reciente reacción de la OCDE frente al arbitraje fiscal internacional*, Quincena Fiscal, n. 12, 2012 (versión electrónica), p. 11.

⁹ Así lo pone de manifiesto CALDERÓN, haciendo referencia a las obras de diversos autores brasileños que han analizado la naturaleza jurídica de los JSCP (*A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, *op. cit.*, p. 9 (versión electrónica)). Véase, por ejemplo, TÓRRES, Heleno Taveira. *Juros sobre capital próprio -autonomia privada nos investimentos societários e suas implicações em matéria tributária*. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Org.): *Direito tributário internacional aplicado*, vol. 7, São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 349-408.

¹⁰ Las características de estos JSCP son explicadas en detalle por CALDERÓN en *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, *op. cit.*, pp. 9-11.

¹¹ *Ibidem*, p. 11.

variación de la tasa del interés a largo plazo¹², y que los beneficios que se reparten hayan tributado a través de una retención en la fuente del 15%.

Con CALDERÓN, entendemos que la naturaleza jurídica de los juros brasileños se asimila a la propia de los dividendos societarios, si bien, por la presencia en su régimen fiscal de rasgos propios de los instrumentos de deuda, adquieren un carácter híbrido¹³. En efecto, nos encontramos ante un “instrumento híbrido”, es decir una forma de financiación que combina características de capital y deuda. Los instrumentos híbridos han venido cobrando un gran protagonismo en los últimos diez años, principalmente en el sector financiero. Como indica DUNCAN, tales instrumentos presentan rasgos que no son coherentes, en todo o en parte, con la calificación que se deriva de su forma jurídica, y pueden presentar rasgos propios de más de una calificación¹⁴. Esto hace que la determinación de su naturaleza jurídica, y en definitiva, su *calificación* o subsunción dentro de una categoría de renta resulte una cuestión harto compleja¹⁵. Los JSCP, no son una excepción en este sentido. Como indica MIRANDA, la imprecisión en torno a su naturaleza jurídica, principalmente por parte de la propia Administración brasileña, viene generando, perjuicios respecto de los contribuyentes¹⁶.

2 Los instrumentos híbridos en una situación trasnacional: Los juros distribuidos por filiales residentes en Brasil a sus matrices españolas.

2.1 Los instrumentos híbridos en un contexto internacional.

A los problemas (de calificación) que ya plantean, de por sí, los instrumentos híbridos, se une la problemática que se genera cuando el reparto de los beneficios se produce en un contexto trasnacional, esto es, cuando la sociedad filial distribuidora reside en un Estado y la entidad holding está ubicada en un Estado distinto. Ello porque puede suceder que la remuneración de un instrumento híbrido sea tratada como dividendo en un Estado, y como interés

¹² Véase artículo 9 de la Ley Federal nº 9.249, de 26 de diciembre de 1996.

¹³ *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, op. cit., p. 11.

¹⁴ DUNCAN, James A. *General report on subject I: Tax treatment of hybrid financial instruments in cross border transaction*, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. LXXXVa, Deventer: Kluwer, 2000, p. 22.

¹⁵ Sobre la problemática que plantea la definición de los conceptos de dividendos e intereses en los CDIs, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, puede verse, BÄRSCH, Sven-Eric. *The definitions of dividends and interest contained in the OECD Model, Actual tax treaties, and the German Model*, Intertax, vol. 42, n. 6-7, 2014.

¹⁶ *A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio ...*, op. cit., p.144.

en otro Estado¹⁷. Dependiendo de en qué Estado se ubiquen las entidades matriz y filial nos podremos encontrar ante escenarios de doble imposición o doble no imposición¹⁸.

Centremos nuestra atención ahora en el supuesto objeto de análisis en este trabajo y que ha sido analizado en varias ocasiones por la Administración tributaria española y más, recientemente, por la Audiencia Nacional: una entidad española con filiales en Brasil que obtiene como remuneración por tal inversión los denominados JSCP. Como hemos explicado anteriormente, tal remuneración es, desde un punto de vista fiscal, deducible en Brasil en sede de las entidades participadas. La cuestión que se planteaba en los casos objeto de análisis en este trabajo, era cómo tratar fiscalmente tales remuneraciones en España, si como intereses o como dividendos, a los efectos de la aplicación de la exención del artículo 21 del TRLIS para evitar la doble imposición económica internacional, de la que pueden beneficiarse las entidades holding residentes en nuestro país cuando reciben dividendos u *otras participaciones en los beneficios* de sociedades extranjeras.

2.2 Los juros brasileños y su subsunción en el artículo 21 del TRLIS.

El artículo 21 del TRLIS al que nos acabamos de referir ha sido modificado por Ley 27/2014 de 28 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de enero de 2015, que extiende la aplicación de la exención citada al ámbito interno, al eliminarse la deducción prevista en el antiguo artículo 30 del TRLIS para evitar la doble imposición económica interna. Como es obvio, y aunque realizaremos alguna referencia al nuevo régimen, el objeto de este apartado es el análisis de los JSCP a la luz del artículo 21 del derogado TRLIS, aplicable a los hechos litigiosos, en vistas a verificar si en los supuestos analizados se daban los presupuestos para gozar de la exención.

¹⁷ HELIMINEN, Marjaana: *Classification of cross border payments of hybrid instruments*, Bulletin for International Taxation, vol. 58, n. 2, 2004, p. 56. Las disparidades existentes en las legislaciones tributarias nacionales a la hora de definir un instrumento híbrido pueden ser utilizadas como una herramienta de planificación fiscal internacional, si bien como apunta JIMÉNEZ-VALLADOLID existen “situaciones más complejas, como son las transferencias híbridas”. Véase la comunicación *Doble imposición económica internacional e híbridos financieros: Tendencias internacionales y reforma del Impuesto sobre Sociedades*, presentada por Domingo J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, al Encuentro de Derecho Financiero y Tributario sobre “La reforma del sistema tributario español”, celebrado en el Instituto de Estudios Fiscales los días 2 y 3 de octubre de 2014 (disponible próximamente en <http://www.ief.es/investigacion/temasDerecho.aspx>).

¹⁸ Varios de estos problemas son analizados en MAISTO, Guglielmo (ed.): *Taxation of Inter-company Dividends Under Tax Treaties and EU Law*, Ámsterdam: IBFD, 2012.

Con carácter previo, interesa, no obstante, destacar que la aplicación de la exención referida, supone que la tributación de las rentas extranjeras se limita a la soportada por la filial no residente, distribuidora de las mismas, lo que tiene el efecto de igualar el gravamen de las rentas obtenidas por la matriz residente en España, al de las rentas derivadas del capital invertido en el mercado extranjero, que sólo tributarán en el territorio de dicho mercado¹⁹, fomentándose, de este modo, la denominada “neutralidad en la importación de capitales” que supone “un gravamen igual para todos los inversores en el Estado importador de capitales, con independencia de cuál sea el país de origen de las inversiones y de destino, por tanto, de sus rendimientos”²⁰. Parece oportuno recordar que, como indica CALDERÓN, el objetivo perseguido por el legislador español con la regulación de esta exención por Ley 6/2000²¹, era, no sólo el de eliminar la doble imposición económica internacional, sino el de favorecer la internacionalización de las empresas españolas a través de garantizar “la repatriación sin coste fiscal de los beneficios generados en el extranjero”²². La exención referida se había complementado con la exención prevista en el artículo 22 del TRLIS que pretendía evitar la doble imposición internacional, en este caso, jurídica, sobre las rentas obtenidas en el extranjero a través de establecimientos permanentes²³.

Realizada esta importante observación respecto de la finalidad de la medida en cuestión, debemos verificar si en los supuestos objeto de controversia se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 21 del TRLIS para la aplicación de la exención. Tales requisitos se predicen respecto de la entidad matriz perceptora (residente) y respecto de la entidad filial participada (no residente).

La entidad matriz²⁴ tendría que participar en los dividendos o participaciones en beneficios que proceden de la entidad no residente a través de un porcentaje de participación, directo o indirecto, en el capital o en los fondos

¹⁹ *Memento Práctico Francis Lefebvre Impuesto sobre Sociedades*, Madrid, 2014, p. 501.

²⁰ GUTIÉRREZ LOUSA, Manuel.; RODRÍGUEZ ONDARZA, José Antonio. *Los incentivos fiscales a la internacionalización de la empresa española*, Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional, ICE, n. 285, 2005, p. 55.

²¹ Ley 6/2000, de 13 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa.

²² CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, *op. cit.*, p. 27. Como indica este autor, con anterioridad a la regulación de la exención por Ley 6/2000, ya existía “una versión del método de exención”.

²³ Esta exención se mantiene en la Ley 27/2014, si bien se introducen algunas novedades (definición de establecimiento permanente, a efectos del Impuesto sobre Sociedades, así como de las circunstancias que deben concurrir para considerar que un contribuyente opera mediante establecimientos permanente distintos en un determinado país).

²⁴ Para que resultase de aplicación la exención en cuestión, la entidad matriz participada no podrá ser una institución de inversión colectiva.

propios de la entidad no residente que fuese, como mínimo, del 5 por ciento²⁵. Este porcentaje de participación debía haberse poseído, ininterrumpidamente, durante al menos un año antes de ser exigible la distribución del beneficio o, en su defecto, debía mantenerse con posterioridad, durante el tiempo necesario para completar dicho plazo²⁶.

Respecto de la entidad filial participada, no residente, se exigía que hubiese estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades en el ejercicio en que se hubiesen obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa²⁷, entendiéndose cumplido este requisito cuando la entidad participada fuese residente en un Estado con el que España tuviese suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional que le sea de aplicación y que contuviese una cláusula de intercambio de información. La referida presunción había quedado establecida como presunción absoluta por la modificación realizada por la Ley 62/2003, de medidas fiscales, administrativas y del orden social de 30 de diciembre, aplicable a los períodos impositivos iniciados a partir del 1 de enero de 2004. Hasta entonces, la presunción tenía carácter relativo lo que implicaba que la Administración podía probar en contrario, destruyendo la presunción²⁸.

Finalmente, los beneficios debían proceder de la realización de actividades empresariales en el extranjero, estableciendo el artículo 21 del TRLIS los supuestos en los que se entendía cumplido este requisito. Este requisito ha sido suprimido por la reciente Ley 27/2014²⁹.

La exención en cuestión no resultaba aplicable cuando la entidad participada residiese en un país o territorio calificado reglamentariamente como

²⁵ En relación con este requisito, resulta interesante destacar que la Ley 27/2014 ha añadido como requisito alternativo al porcentaje de participación referido, que la participación tuviese un valor superior a 20 millones de euros.

²⁶ A los efectos del cómputo del referido plazo se tiene en cuenta, también, el período en que la participación haya sido poseída de manera ininterrumpida por otras entidades que reúnan las condiciones necesarias para formar parte del mismo grupo de sociedades, recogidas en el artículo 42 del Código de Comercio.

²⁷ A estos efectos, se tendrán en cuenta aquellos tributos extranjeros que hayan tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, siquiera sea parcialmente, con independencia de que el objeto del tributo lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquélla.

²⁸ La práctica de dicha prueba planteaba ciertas dificultades puestas de relieve por RUIZ GARCÍA en *La tributación de los dividendos procedentes de participaciones en entidades extranjeras*, Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Económicos de Galicia-Estudios de Fiscalidad-, n. 64, 2002, pp. 47 y ss.

²⁹ La Ley 27/2014 “incorpora un régimen de exención general para participaciones significativas, aplicable tanto en el ámbito interno como internacional, eliminando en este segundo ámbito el requisito relativo a la realización de actividad económica, si bien se incorpora un requisito de tributación mínima que se establece en el 10 por ciento de tipo nominal, entendiéndose cumplido este requisito en el supuesto de países con los que se haya suscrito un Convenio para evitar la doble imposición internacional” (exposición de motivos, considerando III. 2).

paraíso fiscal³⁰, salvo que dicho país o territorio fuese un Estado miembro de la Unión Europea y el sujeto pasivo acreditase que su constitución y operativa respondía a motivos económicos válidos y que realizaba actividades empresariales.

En los casos que nos ocupan, analizados por el TEAC, se cumplen los requisitos establecidos por el artículo 21 del TRLIS para gozar de la exención. Analicemos brevemente algunos de los que pueden despertar mayor interés al objeto de nuestro estudio.

1.- La exención se aplica respecto de los *dividendos o participaciones en beneficios* de la entidad no residente en las condiciones establecidas.

Queremos llamar la atención sobre el hecho de que la exención resulta aplicable no sólo a los dividendos sino a las participaciones en beneficios de entidades no residentes. En este sentido, CALDERÓN entiende que lo que pretendió el legislador a través de tal redacción fue, precisamente

evitar los problemas de calificación de la renta, en el sentido que la aplicación del art. 21 TRLIS no se viera truncada por debates jurídicos sobre si el “dividendo” calificado con arreglo a la normativa extranjera también constituía un “dividendo” con arreglo a la normativa española³¹.

Y en relación con esto, GARCÍA-ROZADO señala que, a efectos de la aplicación de la referida exención “es lógico pensar en este caso que la calificación de dividendo de una renta obtenida por una entidad residente, procedente de una entidad no residente, deba realizarse de acuerdo con la legislación española”³². Así las cosas, con CALDERÓN³³, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en torno a la naturaleza jurídica de los JSCP conforme a la normativa brasileña³⁴, bien parece que los JSCP, pueden subsumirse en la categoría de dividendos, si tenemos en cuenta con GARCÍA-ROZADO que “el concepto

³⁰ Además, la exención, tanto de dividendos como de plusvalías, del artículo 21 del TRLIS no resultaba aplicable en los supuestos recogidos en el apartado 3 (rentas de fuente extranjera obtenidas por agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, en los supuestos de ausencia de motivo económico válido y en los supuestos de rentas de fuente extranjera que integren la base imponible, en relación con las que se optase por aplicar la deducción del artículo 31 TRLIS o la deducción del artículo 32 TRLIS).

³¹ *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, op. cit., p. 25.

³² GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, Begoña: *Eliminación de la doble imposición en las rentas de origen extranjero. Régimen de exención*. In VV.AA. Guía Impuesto sobre Sociedades, 2ª ed., Valencia: CISS Wolters pp. 469-504, pp. 472-473.

³³ *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, op. cit., pp.

³⁴ 25-26. Véase, apartado II de este trabajo.

de dividendos lo podemos obtener del artículo 48 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, como el derecho a participar en las ganancias sociales de una entidad”³⁵.

2.- La entidad filial participada, no residente, debió haber estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades, entendiéndose cumplido este requisito cuando la entidad participada fuese residente en un Estado con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional que le fuese de aplicación y que contuviese una cláusula de intercambio de información.

Tal requisito se entiende cumplido en los supuestos analizados por el TEAC, pues el artículo 26 del Convenio España-Brasil prevé la referida cláusula de intercambio de información.

Respecto de esta exigencia, hemos de destacar que la nueva LIS ha venido a introducir el requisito de que la entidad participada debe haber estado gravada a un tipo nominal de, al menos, el 10 por ciento, por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades³⁶, entendiéndose cumplido este requisito cuando la entidad participada resida en un Estado con el que España tenga suscrito un CDI que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información.

La referida presunción de gravamen por existencia de convenio en las condiciones explicadas (ya sea tal y cómo aquella se encontraba establecida con arreglo al TRLIS -respecto del gravamen por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades español-, ya cómo se encuentra actualmente recogida en la Ley 27/2014 -respecto de la tributación a un tipo nominal de por lo menos el 10 por ciento en por un impuesto extranjero con las características referidas-) nos lleva a entender que la existencia de doble imposición económica *efectiva* no es requisito *sine qua non* para gozar de la exención³⁷. Con todo, la referida Ley 27/2014 ha introducido cautelas que evitan situaciones de *desimposición*, como por ejemplo -y en relación con la exención que analizamos- la previsión de que “(n)o se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora”³⁸. Profundizaremos en esta previsión, dirigida precisamente

³⁵ *Eliminación de la doble imposición ...*, op. cit., pp. 472-473.

³⁶ Artículo 21. 1. b) de la Ley 27/2014.

³⁷ Sobre esto, véase CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, op. cit., p. 27.

³⁸ Artículo 21.1 de la Ley 27/2014.

a atajar los problemas que puede generar la tributación de los híbridos a nivel global, en el último apartado de este trabajo. Nos limitamos en este momento a analizar los casos controvertidos a la luz del artículo 21 del TRLIS, tal y como se encontraba en vigor en el momento en tuvieron lugar, concluyendo que la existencia del CDI España-Brasil, en las condiciones referidas, permite concluir que el requisito de tributación en el extranjero por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades español se entiende cumplido en los casos objeto de análisis.

2.3 Resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central de 13 de abril de 2011, y de 26 de abril de 2012: los JSCP deben calificarse fiscalmente como intereses por lo que no resulta aplicable la exención regulada en el artículo 21 del TRLIS.

La situación de los contribuyentes que pretendían aplicarse la exención del artículo 21 del TRLIS respecto de los JSCP que recibían de sus filiales brasileñas llegó a conocimiento del Tribunal Económico Administrativo Central (TEAC, en adelante) en forma de recursos.

La resolución del TEAC de 13 de abril de 2011³⁹, resolvía el caso referido a la impugnación de varias liquidaciones giradas por la Inspección por entender que no era procedente la exención del artículo 21 del TRLIS que diversos contribuyentes se habían aplicado, en sus autoliquidaciones, respecto de los JSCP recibidos de sus filiales brasileñas. En esencia, las razones que llevaron a la Inspección a considerar improcedente la exención fueron que, aunque los JSCP tienen naturaleza jurídica de dividendos, no debían ser calificados fiscalmente como tales, sino como intereses, y que no se había producido una doble imposición económica internacional. Con todo, la Inspección había entendido que resultaba aplicable la deducción prevista en el artículo 31 del TRLIS dirigida a evitar la doble imposición jurídica internacional, en relación con la retención en la fuente.

La posición de la Inspección fue confirmada por el TEAC que, en la resolución referida, entendió que los JSCP, a efectos fiscales españoles, deben ser tratados como intereses, declarando, en consecuencia, improcedente la aplicación de la exención referida.

El TEAC advierte que los JSCP no se encuentran definidos ni contemplados en el CDI España-Brasil, añadiendo que, no obstante, el artículo 3.2 del referido texto dispone que

³⁹ núm. 1201/10.

Para la aplicación del presente Convenio por un Estado contratante, cualquier expresión no definida de otra manera tendrá, a menos que el texto⁴⁰ exija una interpretación diferente, el significado que se le atribuya por la legislación de este Estado contratante relativa a los impuestos que son objeto del presente Convenio.

Señala el TEAC, que el artículo 3.2 del CDI España-Brasil

contiene una regla “general” de interpretación que viene a señalar que se habrá de acudir a la legislación “fiscal” interna (la relativa a los impuestos que sean objeto del Convenio) que se encuentre en vigor en el Estado que aplique el Convenio en el momento en el que se deba aplicar. Esta regla “general” de interpretación resultará por tanto aplicable, cuando no exista una regla “específica” o especial de interpretación en el propio CDI⁴¹.

Acto seguido, pasa a analizar la definición de dividendos contenida en el artículo 10.4 del CDI que dispone:

El término “dividendos” empleado en el presente artículo comprende los rendimientos de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, partes de minas, partes de fundador u otros derechos que permitan participar de los beneficios, excepto los de crédito, así como las rentas de otras participaciones sociales asimiladas a los rendimientos de las acciones por la legislación fiscal del Estado contratante en que resida la sociedad que las distribuya.

El TEAC señala que el último inciso del precepto que remite a la legislación fiscal del Estado de la fuente (“rentas de otras participaciones sociales asimiladas a los rendimientos de las acciones por la *legislación fiscal del Estado contratante en que resida la sociedad que las distribuya*”⁴²), sólo se aplica cuando no

⁴⁰ CALDERÓN advierte que el artículo 3.2 del referido Convenio «parece contener un error material al que no presta atención el TEAC, al formular la excepción a la remisión a la legislación interna de la siguiente forma: “a menos que el texto exija una interpretación diferente”. A nuestro juicio, la referencia al “texto” debería referirse al “contexto”, en línea con lo recogido en los Modelos OCDE y ONU, dado que de otro modo tal cláusula resulta contradictoria» (*A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, op. cit., p. 3).

⁴¹ Considerando sexto. Sobre el significado del artículo 3.2 del Modelo OCDE, véase LANG, Michael. *Introducción al Derecho de los Convenios para evitar la doble imposición*. Colombia, Ámsterdam: Temis-IBFD, 2014.

⁴² Las cursivas son nuestras.

sea posible la calificación conforme a los dos primeros elementos de la definición, y que vincula no sólo a dicho Estado, sino también al de residencia, por lo que se configura como una excepción a la regla “general” de interpretación del artículo 3.2 del CDI antes referida⁴³.

Pasa a analizar, a continuación, el artículo 11. 5 que establece que:

El término “intereses” empleado en este artículo, comprende los rendimientos de la deuda pública, de los bonos u obligaciones, con o sin garantía hipotecaria y con derecho o no a participar en beneficios, y de los créditos de cualquier clase, así como cualquier otra renta que la legislación fiscal del Estado de donde procedan los intereses asimile a los rendimientos de las cantidades dadas a préstamo.

Tras analizar los preceptos referidos, el TEAC reconoce la complejidad que implica establecer el deslinde entre el concepto de dividendo e interés, principalmente, respecto de

ciertas figuras que presentan, en mayor o menor medida, características “tributarias” incompatibles con su calificación legal; de forma que dichas figuras (que denominamos “híbridas”) podrán ser calificadas de forma diferente por los distintos sectores del ordenamiento (fiscal, mercantil o contable); o incluso su calificación tributaria podrá variar de un país a otro.

Y añade que “(e)n estos casos, resulta crucial la regla interpretativa específica que nos ofrece el CDI consistente en acudir a la *legislación fiscal del Estado de la fuente*, y en concreto, a todas las normas que regulan el régimen tributario de dicha figura”⁴⁴.

El razonamiento empleado por el TEAC le lleva a determinar el significado del término JSCP con arreglo a la legislación fiscal interna del Estado de la fuente (Brasil), confirmando “el acierto de la calificación efectuada por la Inspección de los Tributos, pues la misma se realiza en función de la legislación fiscal interna del país de la fuente (Brasil)”. Añade, además, que al calificarse fiscalmente los

⁴³ Considerando sexto.

⁴⁴ Considerando sexto. Las cursivas son nuestras.

JSCP como “intereses”, “nunca se producirá una doble imposición “económica” internacional que pudiera autorizar la aplicación del artículo 21 del TRLIS”⁴⁵.

En su resolución de 26 de abril de 2012⁴⁶, el TEAC mantiene la misma posición respecto de los JSCP repartidos a una entidad residente en España que había aplicado la exención prevista en el artículo 21 del TRLIS, y que había sido rechazada por la Inspección de los Tributos a través de la incoación del acta correspondiente.

El resultado de las resoluciones referidas, así como los razonamientos empleados por el TEAC no han estado exentos de críticas. Uno de los aspectos más criticados es que el TEAC haya utilizado la calificación fiscal convencional a los efectos de (in)aplicar el método de exención del artículo 21 del TRLIS. Como puntualiza CALDERÓN, la calificación convencional y autónoma establecida por un CDI sólo resulta aplicable a los efectos de aplicación del mismo, de modo que no despliega efecto vinculante a otros efectos, como por ejemplo, en relación con la aplicación de la exención prevista en el artículo 21 del TRLIS, que depende únicamente del cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho artículo⁴⁷.

Por otro lado, y entre otras cuestiones, varios autores han puesto de manifiesto que los JSCP encajan en el concepto de dividendo del artículo 10.4 del CDI España-Brasil. Así, CALDERÓN entiende que los JSCP bien podrían calificarse como dividendos ya sea dentro de la categoría “rendimientos de las acciones”, o de la categoría “otros derechos que permitan participar de los beneficios”⁴⁸, contempladas ambas en el referido artículo 10.4 TRLIS.

Finalmente, queremos llamar la atención sobre otro aspecto del razonamiento del TEAC que resulta cuestionable: apelar a la inexistencia de doble imposición económica internacional “que pudiera autorizar la aplicación del artículo 21 del TRLIS”⁴⁹. A este respecto, debemos recordar lo explicado en el apartado anterior, respecto del objetivo perseguido por el legislador con esta exención, que no sólo era el de evitar la doble imposición económica internacional, sino también el de fomentar la internacionalización de las empresas españolas a través de garantizar “la repatriación sin coste fiscal de los beneficios generados

⁴⁵ Considerando séptimo.

⁴⁶ Recientemente, otra resolución del TEAC de fecha 6 de noviembre de 2014 (R. G. 6929/2012) ha mantenido el mismo criterio respecto de otro supuesto de JSCP recibidos en España.

⁴⁷ *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, op. cit., p. 13.

⁴⁸ *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, op. cit., p. 22. En el mismo sentido, véase SAAVEDRA, Pedro; PEREIRA, Antonio; ERBOLATO, Henrique; MARCONDES, Daniel. *Brazilian interest payments on net equity (Juros sobre o capital próprio): an international perspective*, Publicaciones Garrigues 1/1/2013, disponible en <http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Articulos/Documents/Brazilian.pdf>, p. 8.

⁴⁹ Considerando séptimo.

en el extranjero”⁵⁰, y como indica CALDERÓN, en vistas a la consecución de tal objetivo, el legislador “ha configurado tal método de exención, de forma que se garantice la aplicación allí donde resulte de aplicación un CDI con cláusula de intercambio de información”⁵¹. Ello evidencia, como apunta HERRERA MOLINA que lo que preocupaba al legislador era “el riesgo elusivo derivado de la inexistencia del intercambio de información”⁵².

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, compartimos la opinión de varios autores que sostienen que el análisis sobre si existe o no doble imposición económica en el caso concreto, resulta innecesario⁵³. La entrada en vigor de la Ley 27/2014, ha implicado cambios importantes al respecto pues, aunque sigue operando la presunción de gravamen en el extranjero (y, a partir de la entrada en vigor de la referida Ley, a un tipo nominal del 10%), en los supuestos de existencia de CDI en las condiciones explicadas, la exención del artículo 21 de la LIS no será de aplicación “respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora”.

3 Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014: los JSCP deben calificarse fiscalmente como dividendos, por lo que resulta aplicable la exención regulada en el artículo 21 del TRLIS.

La Audiencia Nacional en su sentencia de 27 de febrero de 2014⁵⁴ resolvía el recurso interpuesto frente a la resolución del TEAC de 13 de abril de 2011, referida en el apartado anterior.

La Audiencia Nacional analiza la Ley Federal nº 9.249, de 26 de diciembre de 1995, y señala, *inter alia*, que:

⁵⁰ CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, op. cit., p. 27; En relación con este tema, véase también CASILDA BÉJAR, Ramón.; LLOPIS JUESAS, Jaime. *Legislación y regulación en la internacionalización de la empresa española en América Latina*, Boletín económico del ICE, Información Comercial Española, n. 2964, 2009, p. 45.

⁵¹ Véase CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, op. cit., p. 27.

⁵² STJCE 6.12.2007, *Columbus Container*, As. C-298/05. *Cambio automático del método de exención al de imputación ¿una medida anti-abuso?*, disponible en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/comentarios/2007_06Dic_Herrera\(Columbus\).pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/comentarios/2007_06Dic_Herrera(Columbus).pdf).

⁵³ SAAVEDRA, Pedro; PEREIRA, Antonio; ERBOLATO, Henrique; MARCONDES, Daniel. *Brazilian interest payments on net equity (Juros sobre o capital próprio): an international perspective*, Publicaciones Garrigues 1/1/2013, disponible en <http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Articulos/Documents/Brazilian.pdf>, p. 8.

⁵⁴ Recurso 232/2011.

los JSCP tienen el mismo “leit motiv” que los “dividendos”, es decir, la existencia de beneficios y su distribución por acuerdo de la Junta de accionistas, pudiéndose entender que los JSCP cumplen una finalidad similar a la del reparto de “dividendos”, sin equipararlos fiscalmente, dada la limitación que la norma fiscal establece y denominarlos como “intereses”.

Sin embargo, ese concepto como “intereses” de los JSCP no es el equivalente del concepto de “intereses” como rendimientos del capital mobiliario, pues como se desprende de la norma brasileña su fuente es la existencia de una renta y su título imputativo es la participación del socio en el capital social, asimilable a la “remuneración de capital”. Los JSCP se distribuyen, no responden al pago por la existencia de un crédito y calculados sobre el principal pendiente, como consecuencia de la existencia anterior de un mecanismo de financiación de la sociedad por parte de los socios, sino de la existencia de una “renta previa”, de un “beneficio” a cuyo cargo se “pagan” los “intereses” por el concepto de JSCP, al igual que la norma permite destinarlos a “reservas”, si así lo decide la Junta de accionistas⁵⁵.

Asimismo, la Audiencia Nacional pone de relieve que, desde un punto de vista contable, los JSCP no constituyen un gasto financiero⁵⁶ y concluye, tras diversas consideraciones sobre la normativa referida, que los JSCP son asimilables a los dividendos. Si bien compartimos la calificación como dividendos, entendemos con SANZ GADEA, que sería deseable que el referido Tribunal hubiese precisado que “la distribución de la renta no era obligatoria, pues si lo fuere hubiere debido calificarse como intereses, sin que el requisito de la existencia de beneficios tenga otro valor que el de mera condición para el pago de los mismos”⁵⁷.

Acto seguido, analiza el concepto de dividendos e intereses recogidos en las disposiciones del CDI España-Brasil referidas en el apartado anterior para concluir que “los JSCP no pueden incardinarse en el concepto que la norma da

⁵⁵ Fundamento jurídico cuarto.

⁵⁶ Deliberación CVM nº 207, de 13 de diciembre de 1996, y Circular del Banco Central de Brasil nº 2722, de 25 de septiembre de 1996.

⁵⁷ *Los híbridos ya están aquí ...para quedarse. La sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014*, disponible en <http://blogmastercaf.wordpress.com/2014/06/05/los-hibridos-ya-estan-aqui-para-quedarse-la-sentencia-de-la-audiencia-nacional-de-27-de-febrero-de-2014/>.

de los “intereses”, sino que el más apropiado es en el de “dividendos”, pues a la mecánica que responden los “juros” brasileños”⁵⁸. Y continúa señalando que:

Pero es que, aún en el caso de que se suscitara duda sobre la naturaleza de los “juros” y su inclusión o calificación como “dividendos” o como “intereses”, desde el punto de vista de nuestro ordenamiento, deberíamos acudir al art. 3.2 , del propio Convenio, referido a “Definiciones Generales”, que se establece: “2. Para la aplicación del presente Convenio por un Estado *contratante*, *cualquier expresión no definida de otra manera tendrá, a menos que el texto exija un interpretación diferente, el significado que se le atribuya por la legislación de este Estado contratante relativa a los impuestos que son objeto del presente Convenio.*”, es decir, que la normativa nacional, en este caso la brasileña al contemplar y regular la figura de los “juros”, desplaza en su interpretación a lo que pueda interpretarse con la normativa nacional española⁵⁹.

La Audiencia Nacional, pasa a continuación a analizar el artículo 21 del TRLIS concluyendo que se cumplen los requisitos objetivos para gozar de la exención, en la línea de los argumentos expuestos respecto de la referencia del artículo 21 del TRLIS a “dividendos o participaciones en beneficios”⁶⁰.

Por lo que se refiere a la existencia de doble imposición económica internacional, entendemos que la Audiencia Nacional considera irrelevante la existencia efectiva de la misma, al señalar que:

la concurrencia objetiva de los requisitos que motivan la aplicación de la “exención” concurren en el presente caso, sin que pueda traerse a colación los resultados fiscales que, como consecuencia de la aplicación de la norma brasileña, tendente a estimular la fiscalidad de las sociedades, puedan incidir en la desnaturalización del beneficio

⁵⁸ Fundamento jurídico quinto.

⁵⁹ Fundamento jurídico quinto. Hubiese sido deseable, en nuestra opinión, que la Audiencia Nacional hubiera explicado el razonamiento que le ha llevado a concluir, sobre la base del artículo 3.2 del CDI España-Brasil que la normativa brasileña “desplaza en su interpretación a lo que pueda interpretarse con la normativa nacional española”.

⁶⁰ Véase apartado III. 2 de este trabajo. En particular, explica la Audiencia Nacional que «(s)e ha de señalar que, el art. 21 se está refiriendo a “dividendos o participaciones en beneficios”. Como hemos declarado con anterioridad, los JSCP tienen encaje en cualquiera de estos conceptos, específico o amplio, de derecho a “beneficios” de los socios, en el sentido también recogido en el art. 48,2.a, del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas” (Fundamento jurídico sexto).

fiscal que la norma española reconoce, una vez que la participación distribuida ha sido calificada, tanto desde la perspectiva de la norma brasileña como de la nacional, como “dividendos”⁶¹.

La Audiencia Nacional, considera por lo tanto irrelevante la deducción fiscal otorgada por la legislación brasileña a los efectos de entender si se cumplen los requisitos previstos por el artículo 21 del TRLIS. Si bien desde un punto de vista global una situación en la que el pago de una renta genera un gasto deducible en sede de la entidad pagadora y un ingreso exento en sede de la entidad perceptora, no parece deseable, y puede, como indica CALDERÓN, ir en contra, de los principios más esenciales de justicia tributaria⁶², produciendo el denominado “*double dip effect*”, lo cierto es que la solución a los problemas generados en tal tipo de situaciones requiere, en nuestra opinión, iniciativas legislativas de los Estados en vistas a lograr una tributación coherente a nivel mundial de los instrumentos financieros híbridos.

En este sentido, hemos de destacar que el legislador español acaba de reaccionar en esa dirección, de manera que, como ya se ha indicado anteriormente, la nueva LIS (Ley 27/2014), en vigor a partir de 1 de enero de 2015, ha dado una nueva redacción al artículo 21 que regula la exención que venimos estudiando, para excluir su aplicación “respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora”, lo que determina que la exención ya no podrá aplicarse, respecto de los períodos impositivos iniciados a partir de la referida fecha, a los JSCP percibidos por entidades españolas.

En cualquier caso, ha de advertirse que la exención prevista en el artículo 21 del TRLIS, objeto de análisis por el TEAC y la Audiencia Nacional en los supuestos referidos, se acompañaba de medidas antiabuso que trataban de evitar la deslocalización artificial de actividades empresariales⁶³.

4 Los JSCP recibidos por entidades residentes en Alemania: desarrollos jurisprudenciales a favor de su concepción como dividendos desde un punto de vista fiscal.

⁶¹ Fundamento jurídico sexto.

⁶² CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, op. cit., p. 28.

⁶³ Así se indicaba la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 3/2000. Sobre esto, CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, op. cit., p. 27.

La sentencia de la Audiencia Nacional analizada en el apartado anterior hace referencia expresa a una importante decisión del Tribunal Federal alemán (*Bundesfinanzhof*) de 6 de junio de 2012 en la que se conocía de un recurso que versaba sobre la posibilidad de calificar los JSCP brasileños como dividendos, a efectos de disfrutar de la exención en Alemania.

La sentencia en cuestión tiene su punto de partida en un recurso planteado ante el Tribunal Fiscal Regional (*Finanzgericht*) de Núremberg por una entidad residente en Alemania, y que recibía JSCP distribuidos por su filial brasileña, a través de una filial suíza⁶⁴, en el que mostraba su desacuerdo con la posición mantenida por la inspección alemana según la cual tales JSCP debían ser considerados fiscalmente como intereses, por lo que no podían disfrutar de la exención aplicable a los dividendos⁶⁵. El Tribunal Fiscal Regional de Núremberg, en su sentencia de 14 de diciembre de 2010, resolvió a favor del contribuyente, entendiendo que tales rentas debían tener la consideración de dividendos, a efectos fiscales, en Alemania. Habiendo planteado recurso la Administración tributaria alemana frente a esta resolución ante el Tribunal Federal Alemán, éste confirmó la posición mantenida por el Tribunal Regional, confirmando que las rentas recibidas por la entidad alemana en forma de JSCP deben ser considerados como dividendos y por lo tanto, pueden disfrutar de la exención en cuestión. El Alto tribunal entendió que los JSCP no reúnen determinadas características esenciales propias, según la legislación alemana, de los intereses, a saber, no son compensaciones pagadas por la utilización de un capital, por un período determinado de tiempo, ni constituyen una obligación subsidiaria derivada de otra principal, la devolución del capital prestado⁶⁶.

Consideraciones finales: ¿Hacia un tratamiento fiscal coherente de los híbridos a escala global?

La sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014 ha aclarado que los JSCP constituyen dividendos a efectos de la aplicación de la exención del artículo 21 del TRLIS. Sin embargo, los últimos desarrollos legislativos que han tenido lugar en España implican que los inversores españoles

⁶⁴ Para más información sobre el caso en cuestión puede verse: KPMG, German Tax Monthly/Tax/April, 2011, *Interest on Equity according to Brazilian Law*, pp. 2-3, disponible en http://www.us.kpmg.com/microsite/TNF-Europe/2011/Apr/Germany_April4.pdf.

⁶⁵ KPMG, Boletín de Fiscalidad Internacional/Tax/Octubre/2012, El Tribunal Federal Alemán, encargado de los asuntos tributarios entiende que los “juros sobre o capital propio” brasileños son dividendos (*Bundesfinanzhof*- Sentencia de 6 de junio de 2012), p. 6, disponible en <http://www.kpmg.com/ES/es/servicios/Abogados/Fiscal/TributacionInternacional/Documents/BFI-octubre-2012-v2.pdf>

⁶⁶ *Ibidem*.

en Brasil ya no podrán aplicar la exención para impedir la doble imposición económica internacional respecto de los JSCP. Nos referimos a la modificación realizada en el artículo 21, por la reciente Ley 27/2014 de 28 de noviembre, en vigor a partir del 1 de enero de 2015, estableciendo, que “(n)o se aplicará la exención prevista en este apartado, respecto del importe de aquellos dividendos o participaciones en beneficios cuya distribución genere un gasto fiscalmente deducible en la entidad pagadora”⁶⁷. Esta previsión, en la línea de atajar situaciones de doble no imposición, es coherente desde la perspectiva de los principios de justicia tributaria, considerados a nivel global, y acorde con los trabajos que se vienen realizando desde la OCDE y la Unión Europea, dirigidos a evitar situaciones de doble no imposición.

En el seno de la primera organización, la iniciativa protagonista en el escenario actual es, sin duda, el “Plan de Acción para prevenir la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios de una jurisdicción a otra” (Plan BEPS de 19 de julio de 2013)⁶⁸, que persigue, entre otros objetivos, el de eliminar las situaciones de doble no imposición. El referido Plan⁶⁹ contempla quince acciones para el logro de tales objetivos. A los efectos que nos ocupan, hemos de referirnos a la Acción 2 recogida en el Plan, bajo el título “neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos”, para lo cual se contemplan algunas medidas como “*disposiciones en la legislación nacional que eviten la exención o la falta de reconocimiento de ingresos por pagos deducibles para el pagador*”. A esta acción responde precisamente la regla introducida por el legislador español a la que nos acabamos de referir. Otra de las recomendaciones incluidas en la Acción 2 del Plan BEPS, a saber: “*disposiciones en la legislación nacional que nieguen la deducción por pagos que no se hayan de incluir en los ingresos del receptor (y que no esté sujeta a imposición por el efecto de disposiciones tipo compañías foráneas controladas (CFC) u otras normas similares)*” ha tenido también acogida en la nueva Ley 27/2014, materializándose en la inclusión entre los gastos no deducibles (Art. 15. j)) “los gastos correspondientes a operaciones realizadas con personas o entidades vinculadas que, como consecuencia de una calificación fiscal diferente en estas, no generen ingreso o generen un ingreso exento o sometido a un tipo

⁶⁷ Artículo 21.1 de la Ley 27/2014.

⁶⁸ Otro trabajo relevante en la materia es el Documento de la OCDE de marzo de 2012 sobre «*Hybrid Mismatch Agreements*».

⁶⁹ Sobre la relevancia significativa de este proyecto vid. por todos, PISTONE, Pasquale.: *Coordinating the action of regional and global players during the shift from bilateralism to multilateralism in International Tax Law*, World Tax Journal, vol. 6, n. 1, 2014.

de gravamen nominal inferior al 10 por ciento”. Esta disposición pretende atajar, precisamente, la problemática de las operaciones híbridas⁷⁰.

En el seno de la Unión Europea, hemos de destacar que la Directiva matriz-filial se ha visto modificada -por la Directiva de 8 de julio de 2014⁷¹- en la línea de las acciones emprendidas en el seno de la OCDE⁷². Como se indicaba desde el ECOFIN, a través de la modificación de la Directiva se “pretende colmar la laguna tributaria existente en la actual Directiva abordando las asimetrías en los mecanismos de financiación híbridos dentro del marco de aplicación de la Directiva sobre matrices y filiales, así como introducir una norma general contra las prácticas abusivas a fin de proteger el funcionamiento de la Directiva”⁷³. Así, “con el fin de evitar situaciones de doble no imposición derivadas de asimetrías en el tratamiento fiscal de la distribución de beneficios entre Estados miembros, resulta oportuno que el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro de su establecimiento permanente impidan a esas empresas acogerse a la exención fiscal aplicada a los beneficios distribuidos que hayan recibido, en la medida en que dichos beneficios sean deducibles por la filial de la sociedad matriz”⁷⁴. Así, el artículo 4.1.a) de la Directiva matriz-filial se ha visto modificado en el sentido apuntado de manera que tras la modificación, el artículo 4.1 de la Directiva queda redactado como sigue:

1. Cuando una sociedad matriz o un establecimiento permanente de esta reciban, por la participación de aquella en una sociedad filial, beneficios distribuidos por motivos distintos de la liquidación de la misma, el Estado miembro de la sociedad matriz y el Estado miembro del establecimiento permanente:

⁷⁰ Sobre los análisis que puede plantear esta regla en la práctica, véase la comunicación *Doble imposición económica internacional e híbridos financieros: Tendencias internacionales y reforma del Impuesto sobre Sociedades*, presentada por Domingo J. JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, al Encuentro de Derecho Financiero y Tributario sobre “La reforma del sistema tributario español”, cit.

⁷¹ Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. Como trabajos previos a la Directiva mencionada, cabe destacar “Tackling double non-taxation for fairer and more robust tax systems” (29.02.2012). La Directiva 2014/86/UE forma parte de las diversas medidas anunciadas por la Comisión Europea en su Comunicación “Plan de Acción para luchar contra el fraude y la evasión fiscal”, de 6 de diciembre de 2012 (COM(2012) 722 final), así como en su “Recomendación sobre planificación fiscal agresiva”, de la misma fecha (C(2012) 8806 final). La propuesta de Directiva fue presentada el pasado 25 de noviembre de 2013 (COM(2013)814final).

⁷² MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo José.; CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPS”): ¿el final, el principio del final o el final del principio?*, Quincena Fiscal Aranzadi, n. 1, 2014, p. 4.

⁷³ <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=ES&t=PDF&f=ST+11291+2014+INIT>.

⁷⁴ Considerando tercero de la Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

- a) o bien se abstendrán de gravar dichos beneficios *en la medida en que dichos beneficios no sean deducibles por la filial y gravarán dichos beneficios en la medida en que los mismos sean deducibles por la filial*⁷⁵.
- b) o bien los gravarán, autorizando al mismo tiempo a la sociedad matriz y a su establecimiento permanente a deducir de la cuantía de su impuesto la fracción del impuesto relacionado con dichos beneficios y abonado por la filial y toda filial de ulterior nivel, sujeto a la condición de que cada una de las filiales y la filial de ulterior nivel siguiente puedan encuadrarse en las definiciones establecidas en el artículo 2 y cumplan los requisitos previstos en el artículo 3, hasta la cuantía máxima del impuesto adeudado.

Así las cosas, puede observarse que la modificación operada en el artículo 21 del TRLIS referida al inicio de este apartado, está en la línea, no sólo de los trabajos desarrollados en el seno de la OCDE sino también de la nueva Directiva matriz-filial.

Al margen de las iniciativas estatales dirigidas a modificar las legislaciones nacionales para contribuir a una tributación coherente de los instrumentos híbridos a nivel global, el problema de la “*desimposición*” de las rentas derivadas de los mismos, podría ser abordado en los propios CDIs, incluyendo una disposición que regulase, de manera específica, su tributación. Algunos CDIs incluyen ya alguna provisión de este tipo. Es el caso de varios CDIs celebrados por Brasil con determinados Estados⁷⁶. Es el caso por ejemplo del Protocolo del Convenio Brasil-Chile en el que se establece que “las cantidades pagadas a título de “remuneración sobre el capital propio” según el Artículo 9 de la Ley N°9.249/95 de Brasil, se considerarán como intereses para los fines del Artículo 11, párrafo 3⁷⁷, siempre y cuando sean deducibles para la determinación de la renta de la persona jurídica”⁷⁸.

⁷⁵ La parte de la frase en cursiva se corresponde con la incorporación realizada por la Directiva 2014/86/UE del Consejo de 8 de julio de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

⁷⁶ Véanse los convenios de Brasil con México, Chile, Perú, Portugal, Ucrania, Israel y África del Sur. Los datos se aportan por José Manuel CALDERÓN CARRERO en *A vueltas con las reglas de interpretación y calificación de los convenios de doble imposición ...*, op. cit., p. 5.

⁷⁷ El artículo 11.3 del Convenio Brasil-Chile es el que contiene la definición del término “intereses”.

⁷⁸ Apartado 4 del Protocolo del Convenio de doble imposición Brasil-Chile firmado el 3 de abril de 2001, que reza que «las cantidades pagadas a título de “remuneración sobre el capital propio” según el Artículo 9 de la Ley N°9.249/95 de Brasil, se considerarán como intereses para los fines del Artículo 11, párrafo 3, siempre y cuando sean deducibles para la determinación de la renta de la persona jurídica».

A modo de conclusión, podemos afirmar que la nueva LIS ha venido a solucionar los problemas de doble aprovechamiento de ventajas (deducción del gasto/exención del ingreso), derivados de los desajustes en la calificación de los JSCP a efectos fiscales entre la legislación española y la legislación brasileña, que se planteaban en los casos analizados. Por lo que se refiere a la posibilidad de aplicar la exención del artículo 21 del derogado TRLIS a los JSCP que deban tributar todavía conforme al referido TRLIS, hemos de concluir que la cuestión no está totalmente cerrada si tenemos en cuenta que la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014 -que brindaba la posibilidad de aplicar la exención respecto de los JSCP- ha sido recurrida en casación por el Abogado de Estado (núm. 1130/2014), por lo que tendremos que esperar a que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la cuestión. Además, hemos de destacar que el pasado 6 de noviembre de 2014 el TEAC se ha pronunciado sobre otro supuesto acerca de la aplicación de la exención del artículo 21 del TRLIS a los JSCP, en la que ha mantenido el criterio adoptado en su resolución de 13 de abril de 2011, a pesar de la sentencia de la Audiencia Nacional⁷⁹. Bien parece que habrá nuevas ocasiones para reflexionar sobre los problemas que plantea en España la tributación de los JSCP a nivel global.

Referências

BÄRSCH, Sven-Eric. *The definitions of dividends and interest contained in the OECD Model, Actual tax treaties, and the German Model*, Intertax, vol. 42, n. 6-7, 2014.

CASILDA BÉJAR, Ramón.; LLOPIS JUESAS, Jaime. *Legislación y regulación en la internacionalización de la empresa española en América Latina*, Boletín económico del ICE, Información Comercial Española, n. 2964, 2009.

CASTRO ARANGO, José Manuel. *Límites a la capitalización encubierta en España: problemas comunitarios y convencionales de los nuevos artículo 10 y 14. 1 h) del TRLIS*, Revista de Contabilidad y Tributación, n. 376, 2014, pp. 81-128.

DUNCAN, James A. *General report on subject I: Tax treatment of hybrid financial instruments in cross border transaction*, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. LXXXVa, Deventer: Kluwer, 2000.

⁷⁹ Explicaba el TEAC que “(e)ste Tribunal Central es conecedor de la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha de 27 de febrero de 2014, recaída en el recurso núm. 232/2011, interpuesto por X...M frente a la Resolución de este Tribunal Central de 13 de abril de 2011 (...)” y párrafo aparte indicaba que “(n)o obstante lo anterior, en la presente resolución se mantiene el criterio seguido por este Tribunal Central en la citada Resolución de 13 de abril de 2011 (...) al estar la reseñada Sentencia de la Audiencia Nacional recurrida en casación (...), que pende de resolución a la fecha en que se dicta la presente resolución (Considerando cuarto de la resolución del TEAC de 6 de noviembre de 2014).

FRANCIS LEFEBVRE (ediciones). *Memento Práctico Francis Lefebvre Impuesto sobre Sociedades*, Madrid: Francis Lefebvre, 2014.

GARCÍA-ROZADO GONZÁLEZ, Begoña: *Eliminación de la doble imposición en las rentas de origen extranjero. Régimen de exención*. In VV.AA. *Guía Impuesto sobre Sociedades*, 2ª ed., Valencia: CISS Wolters pp. 469-504.

GUTIÉRREZ LOUSA, Manuel.; RODRÍGUEZ ONDARZA, José Antonio. *Los incentivos fiscales a la internacionalización de la empresa española*, Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional, ICE, n. 285, 2005.

HELMINEN, Marjaana: *Classification of cross border payments of hybrid instruments*, Bulletin for International Taxation, vol. 58, n. 2, 2004.

HERRA MOLINA, Pedro Manuel. *STJCE 6.12.2007, Columbus Container, As. C-298/05. Cambio automático del método de exención al de imputación ¿una medida anti-abuso?*, disponible en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/comentarios/2007_06Dic_Herrera\(Columbus\).pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/fiscalidad_internacional/comentarios/2007_06Dic_Herrera(Columbus).pdf).

JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, Domingo J. *Doble imposición económica internacional e híbridos financieros: Tendencias internacionales y reforma del Impuesto sobre Sociedades*, comunicación presentada al Encuentro de Derecho Financiero y Tributario (3ª. Edición 2014) sobre «La reforma del sistema tributario español», celebrado en el Instituto de Estudios Fiscales los días 2 y 3 de octubre de 2014. Disponible próximamente en <http://www.ief.es/investigacion/temasDerecho.aspx>.

KPMG, *Boletín de Fiscalidad Internacional*, TAX, octubre 2012, p. 6, disponible en <http://www.kpmg.com/ES/es/servicios/Abogados/Fiscal/TributacionInternacional/Documents/BFI-octubre-2012-v2.pdf>.

KPMG, *German Tax Monthly/Tax/April*, 2011, *Interest on Equity according to Brazilian Law*, pp. 2-3, disponible en http://www.us.kpmg.com/microsite/TNF-Europe/2011/Apr/Germany_April4.pdf.

LANG, Michael. *Introducción al Derecho de los Convenios para evitar la doble imposición*. Colombia, Ámsterdam: Temis-IBFD, 2014.

MAISTO, Guglielmo (ed.): *Taxation of Intercompany Dividends Under Tax Treaties and EU Law*, Ámsterdam: IBFD, 2012.

MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo José.; CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *El plan de acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones ("BEPS"): ¿el final, el principio del final o el final del principio?*, Quincena Fiscal Aranzadi, n. 1, 2014.

MIRANDA LIMA, Mariana.: *A natureza jurídica dos juros sobre o capital próprio e as convenções para evitar a dupla tributação*, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da USP, 2009.

PISTONE, Pasquale.: *Coordinating the action of regional and global players during the shift from bilateralism to multilateralism in International Tax Law*, World Tax Journal, vol. 6, n. 1, 2014.

RUIZ GARCÍA, José Ramón. *La tributación de los dividendos procedentes de participaciones en entidades extranjeras*, Papeles de Trabajo del Instituto de Estudios Económicos de Galicia-Estudios de Fiscalidad-, n. 64, 2002.

SAAVEDRA, Pedro; PEREIRA, Antonio; ERBOLATO, Henrique; MARCONDES, Daniel. *Brazilian interest payments on net equity (Juros sobre o capital próprio): an international perspective*, Publicaciones Garrigues 1/1/2013, disponible en <http://www.garrigues.com/es/Publicaciones/Articulos/Documents/Brazilian.pdf>.

SAENZ GADEA, Eduardo. *Los híbridos ya están aquí ...para quedarse. La sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de febrero de 2014*, disponible en <http://blogmastercaf.wordpress.com/2014/06/05/los-hibridos-ya-estan-aqui-para-quedarse-la-sentencia-de-la-audiencia-nacional-de-27-de-febrero-de-2014/>.

TÔRRES, Heleno Taveira. *Juros sobre capital próprio -autonomia privada nos investimentos societários e suas implicações en materia tributária*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Org.): *Direito tributário internacional aplicado*, vol. 7, São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 349-408.

