

## EL RÉGIMEN DE LAS ENTIDADES DE TENENCIA DE VALORES EXTRANJEROS

César García Novoa  
Universidade de Santiago de Compostela

### SUMARIO

1. Introducción. 2. Características generales de las ETVE. 3. Objeto social y participaciones. 3.1. Objeto social y existencia de medios materiales y personales. 3.2. Carácter nominativo de las acciones o participaciones. 3.3. Realización de actividades empresariales por las entidades participadas. 4. Régimen fiscal de las ETVE'S. Ventajas fiscales. 4.1. Exención de los dividendos. 4.2. Requisitos para la aplicación de la exención. 4.3. Deducción por doble imposición internacional. 4.4. Tratamiento de la distribución de beneficios por la ETVE. 5. Otras ventajas fiscales: deducción de intereses en la adquisición de las participaciones, fondo de comercio financiero y corrección de la depreciación. 6. Breve referencia al régimen de las ETVE en el IVA. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

### Resumen

Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros constituyen un régimen ventajoso para aquellas sociedades que quieren utilizar España como plataforma de inversión. Incluyen la exención de dividendos y ganancias de capitales por la venta de acciones de sociedades residentes en el extranjero. Aunque su regulación en el IVA no es ventajosa, son un buen instrumento de planificación fiscal, por el gran número de Convenios de Doble Imposición que tiene España.

**Palabras clave:** entidades de tenencia de valores extranjeros, exención, dividendos, convenio de doble imposición, impuesto sobre sociedades, planificación fiscal internacional.

### Abstract

The Spanish holdings have a profitable regime for those companies that want to use Spain as base of investment. They include the exemption of dividends and capital gains after the selling of shares of foreign companies. Though his regulation in the VAT is not profitable, Spanish holdings are a good instrument of tax planning, as a consequence of the great number of Double Taxation Conventions.

**Keywords:** holding, exemption, dividends, double taxation convention, corporate tax, international tax planning.

---

Recibido: 07/05/2010. Aceptado: 21/10/2010

\* Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

## 1. Introducción

Podemos definir la globalización como la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales. El Banco Mundial la describe como la interdependencia económica creciente de los países del mundo respecto a los intercambios comerciales, financieros y tecnológicos<sup>1</sup>. Una de sus expresiones más destacadas es la libre circulación de capitales. En Europa la proclamación de esta libre circulación de capitales tiene lugar a través de la Directiva del Consejo 88/361/CEE, de 24 de junio de 1988. Esta Directiva obligaba a los distintos Estados miembros a garantizar la libre circulación de capitales entre personas residentes antes del 1 de julio de 1990, aunque para España e Irlanda este plazo se prorroga en determinadas cuestiones relativas a la circulación de capitales hasta el 1 de enero de 1993 y para Grecia y Portugal hasta el 1 de enero de 1996. Su art. 1 establecía que «los Estados miembros suprimirán las restricciones a los movimientos de capitales...». Se trata, pues, de la primera norma comunitaria que implanta de modo decidido la libre circulación de capitales, y con eficacia respecto a Estados terceros que no sean miembros de la Unión Europea, esto es, de Estados, por ejemplo, de Latinoamérica.

La libre circulación de capitales ha supuesto, entre otras muchas expresiones, la competencia fiscal entre los Estados para, por medio de regímenes fiscales ventajosos, atraer capitales. Así lo destacaba en la Comisión Primarolo, creada como consecuencia del Código de Conducta de la Fiscalidad de las Empresas de 1 de diciembre de 1997. A partir de esta Comisión se empezaron a localizar regímenes fiscales favorables, como los *Centros de coordinación* en Bélgica, el *International Financing* en los Países Bajos, las *Foreign Income* en Irlanda. También hasta diciembre de 2011 el régimen que se preveía para la zona franca de Madeira por lo que se refiere a Portugal, a través de las *Sociedades Gestoras de Participações Socias*. Pero sobre todo, la figura arquetípica de las Sociedades de cartera acogidas al Estatuto de 1929 en Luxemburgo (*holding*)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Entre los países ricos o desarrollados, la proporción del comercio internacional en el producto total (exportaciones más importaciones en relación con el PIB) aumentó de 27 por 100 en 1987, a 39 por 100 en 1997. En los países en desarrollo subió del 10

El legislador fiscal español no ha sido ajeno a esta circunstancia. La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (LIS), que concibe el Impuesto en una economía abierta a los flujos transfronterizos de capitales, ha prestado máxima atención a las medidas tendentes a favorecer la internacionalización de las empresas españolas, lo que se ha traducido en frecuentes modificaciones de la LIS en los cinco años que lleva en vigor<sup>3</sup>. Expresión de ello, es el régimen fiscal de la Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE), las holding españolas. Es un régimen que, aunque nació con el objetivo de eliminar la doble imposición internacional en las participaciones sobre entidades no residentes que realizaran actividades empresariales, tiene una clara finalidad de atracción de capitales mediante la exención de dividendos o plusvalías en la venta de acciones o participaciones de fuente extranjera<sup>4</sup>.

El régimen fiscal especial de la Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros fue considerado como una de las principales novedades de la Ley 43/1995, si bien tenía un antecedente muy cercano en la anterior Ley del Impuesto, Ley 61/1978, de 27 de diciembre, ya que el número 2 de la letra a) de su artículo 25 establecía una bonificación del 99 por 100 de la cuota correspondiente a «rendimientos e incrementos de patrimonio, obtenidos por las Sociedades Anónimas españolas que se creen con autorización del Ministerio de Hacienda y tengan por objeto exclusivo la tenencia de acciones de Sociedades extranjeras, siempre que estas últimas no realicen ninguna actividad en territorio español». Estas sociedades debieron optar, antes de finalizar 1989, por disolverse o transformarse,

---

por 100 al 17 por 100. (El origen de muchos de estos datos es el trabajo del Banco Mundial titulado *World Development Indicators* 2000).

<sup>2</sup> J. GRADO y B. MORILLA, “Regímenes Tributarios Europeos de entidades *holding* y su comparación con el régimen de la ETVE de la Ley 43/1995”, *Impuestos*, 1998, n. 18, pp. 40-47.

<sup>3</sup> Para la Dirección General de Tributos, en Resolución de 10 de enero de 1997 así lo señala «... el régimen especial de las entidades de tenencia de valores extranjeros tiene como objetivo eliminar la doble imposición económica internacional por las rentas derivadas de las participaciones tenidas sobre entidades no residentes que desarrollen actividades empresariales...».

<sup>4</sup> S. LOPEZ RIBAS, “Tributación de la Sociedad de Tenencia de Valores Extranjera y sus socios”, *Instituto de Estudios Fiscales*, Documento n. 12/01, Madrid, p. 6.

ya fuera en sociedades comunes o en sociedades de inversión mobiliaria, según lo dispuesto en la Ley 24/1988, del Mercado de Valores.

Vamos a analizar a continuación, con detenimiento su régimen fiscal y el de sus socios, los inversores extranjeros, preferentemente de fuera de la Unión Europea (aunque también es posible la existencia de un importante porcentaje de socios nacionales), que decidan constituir en España este tipo de entidades.

## 2. Características generales de las ETVE

Como hemos señalado, las ETVE se encuentran reguladas en el Capítulo XIV del Real Decreto-Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

En cuanto a su constitución, pueden tener forma de cualquier tipo de *entidad*, con alguna exclusión, como la de que no podrán acogerse al régimen de las ETVE las entidades sometidas a los regímenes especiales de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, y de uniones temporales de empresas. Lo más habitual será que adopten forma mercantil (la DGT se ha planteado incluso la hipótesis de que pudieran tener forma de sociedad colectiva). Y, en la práctica, la forma más habitual a la que recurren es la de sociedad de responsabilidad limitada, para cuya constitución bastará la aportación inicial de un capital mínimo de 3.000 euros, tal y como se establece en el art. 4 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad de Limitada. Tal cantidad puede aportarse en efectivo o en especie, y en este último caso no es precisa una valoración independiente de las aportaciones, como sí ocurre cuando se trata de sociedades anónimas.

Frecuentemente, además, la ETVE es constituida en España por no residentes mediante operaciones de aportación no dineraria de participaciones en el capital de entidades no residentes (caso, por ejemplo, al que se enfrenta la DGT en respuesta a Consulta de 29 de enero de 1999). Pues bien; si en la constitución, la aportación inicial se efectúa en valores representativos, es posible obtener las ventajas del artículo 132 del TR de la Ley del Impuesto sobre Sociedades que establece que las aportaciones no dinerarias que se efectúen a una ETVE de nueva creación consistentes en valores representativos de los fondos propios de entidades no residen-

tes en territorio español, gozarán del régimen previsto en el artículo 108 LIS, con independencia del porcentaje de participación que tal aportación confiera sobre la ETVE. Este régimen especial se denomina régimen de *diferimiento*, basado en la continuidad en la valoración de los bienes y en la exclusión de la existencia de plusvalías, siempre que exista un motivo económico válido, que sólo se descartará cuando se acredite la *vacuidad* económica de la operación<sup>5</sup>. Así pues, los socios no tributan por las plusvalías que generen dichas aportaciones y la *holding* española, que recibe los valores extranjeros en concepto de aportación no dineraria, los deberá valorar por el coste fiscal que tuvieron los socios<sup>6</sup>.

La constitución de la sociedad determina el gravamen del 1 por 100 en concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad de Operaciones Societarias, según lo dispuesto en el Real Decreto-Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en su artículo 19. No obstante, será aplicable a la constitución de una ETVE, como no podía ser de otra manera, el régimen opcional de *diferimiento* previsto en el Capítulo VIII del Título VII del Texto Refundido de la Ley de Impuestos sobre Sociedades. La aplicación de este régimen tiene gran importancia en tanto es frecuente que ciertas sociedades que no quieren o no pueden convertir en nominativos sus títulos (requisito que, como veremos, es indispensable para que se pueda aplicar el régimen ventajoso de las ETVE) y que optan por la alternativa de constituir una entidad a la que aportan todas sus participaciones en entidades no residentes. No obstante, la Dirección General de Tributos (DGT), en respuesta a Consulta Vinculante de 13 de octubre de 2003, ha excluido la posibilidad de aplicar las exenciones del régimen especial en las ulteriores ampliaciones de capital de la ETVE instrumentadas mediante aportaciones dinerarias se aplicará la exención prevista para las operaciones de reestructuración, «al no estar comprendida en el ámbito objetivo de aplicación del artículo 132.2 de la LIS (actual 116,2 del Texto Refundido de la LIS), que remite

<sup>5</sup> A. DURAN SINDREU BUXADE “El art. 110, 2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma”, *Revista de Técnica Tributaria*, n. 55, 2001, p. 23.

<sup>6</sup> *Vid.* al respecto, S. BARRENECHEA ELORRIETA y L. SOTO RODRIGUEZ, “Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros”, *Impuestos*, n. 18, 1998, pp. 15-21.

al artículo 108 (actual 94 del Texto Refundido) de dicha Ley, ni en el del capítulo VII del título VIII de la citada disposición»<sup>7</sup>.

### 3. Objeto social y participaciones

El objeto social de una ETVE debe incluir la actividad de gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español que determinen un porcentaje de participación, con independencia de cuál sea el grado de control, directo o indirecto, igual o superior al 5 por 100, y la colocación de recursos financieros derivados de actividades constitutivas de dicho objeto social, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales. No se exige la participación mínima del 5 por 100 cuando el valor de adquisición de dicha participación sea superior a 6 millones de euros.

El Real Decreto-Ley 3/2000 ha suprimido el requisito de que su objeto social primordial consistiera en la dirección y gestión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español que determinasen un porcentaje de participación del 5 por 100. La Administración tributaria admite la existencia de participaciones inferiores al 5 por 100, siempre que ello no desvirtúe su objeto primordial<sup>8</sup>. Por tanto, una entidad puede ser calificada de ETVE por el hecho de tener participaciones superiores al 5 por 100 sobre determinadas entidades, aunque sobre otras tenga participaciones inferiores a ese nivel porcentual<sup>9</sup>. Y puede tener otros objetos sociales y realizar

---

<sup>7</sup> Así lo reconoce la respuesta a Consulta Vinculante de 1 de marzo de 2000 (0398-00) que, para el caso de reorganización de un grupo multinacional, señala que «la operación planteada podrá acogerse al régimen establecido en el artículo 108 de la LIS y, por tanto, al régimen fiscal especial regulado en el capítulo VIII del título VIII de la LIS siempre que, una vez realizada la aportación, el sujeto pasivo participe en los fondos propios de la ETVE en, al menos, el 5 por 100 y, además, aquélla tenga la consideración de aportación no dineraria a que se refiere el artículo 155 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y no de ampliación de capital por compensación de créditos, esto es, cuando la ETVE sea el deudor de los mismos».

<sup>8</sup> Respuesta a Consulta No Vinculante de 27 de diciembre de 1996.

<sup>9</sup> J.A. RODRIGUEZ ONDARZA y J.J. RUBIO GUERRERO, “Comentarios al Régimen Fiscal de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros”, *Revista de Técnica Tributaria*, n. 50, julio-septiembre, 2000, p. 57.

otras actividades. Ello flexibiliza de modo importante el régimen de las ETVEs, haciéndolas más atractivas para los inversores extranjeros que quieren constituir su plataforma de inversión desde España. Al mismo, al encontrarse las demás actividades que la ETVE pueda realizar, completamente sujetas al Impuesto sobre Sociedades, se excluiría —entendemos— el carácter de régimen preferencial de la ETVE, como erróneamente lo han calificado algunos países, singularmente el caso de Brasil a través del Acto Declaratorio Interpretativo N° 6, de 6 de junio de 2002 de la *Receita Federal Brasileira*, al que nos referiremos más adelante.

### **3.1. Objeto social y existencia de medios materiales y personales**

El objeto social de las ETVE debe comprender las actividades de gestión y administración de valores. Obviamente, gestionar y administrar valores de sociedades participadas no equivale ni requiere gestionar o administrar las actividades económicas de las entidades participadas no residentes. Y para garantizar la no artificiosidad de la ETVE, obviamente, la misma debe contar con medios materiales y personales adecuados para el desarrollo de su actividad, pero adecuados, en una relación de idoneidad, para la actividad de gestión de una cartera de participaciones. Y es evidente que los medios adecuados para gestionar una cartera de participaciones no son los mismos que los requeridos para desarrollar actividades de otro tipo.

En este sentido resulta difícil establecer en qué se puede concretar ese *mínimo* de organización de medios personales y materiales. Para la DGT, en el caso de entidades cuyo único objeto y actividad sea la tenencia de una cartera de participaciones en otra entidad, se requerirá «una mínima actividad consistente en la gestión y administración de los valores poseídos, lo cual incluiría todas aquellas actividades derivadas de su objeto social, como pueden ser las de carácter administrativo consecuencia de las obligaciones contables, administrativas y fiscales» (Resolución de 22 de mayo de 2002).

Sin duda alguna, la existencia de medios materiales y personales, como dato que permite inferir un motivo económico en la constitución de la ETVE y excluir su artificiosidad, es un requisito fundamental, que la DGT no se ha atrevido a fijar en términos claros e indubitados. En

la respuesta a Consulta Vinculante de 29 de octubre de 2003 dice que no es posible predeterminar un *umbral mínimo* de medios materiales y personales. En este sentido, se ha consolidado la idea de que no se tienen medios personales ni materiales, pero sí se exige que la entidad gestora «no sea un ente vacío, un mero remanso de elementos patrimoniales». Obviamente, esa exclusión del vacío ha de referirse a la propia actividad de gestión y administración de una cartera de valores y no a las otras actividades económicas que la ETVE pueda desarrollar. De modo que debe existir un mínimo de medios materiales y personales, que han de ser medios propios, de modo que si la gestión es objeto de *outsourcing* o se encuentra completamente externalizada, no habrá tales medios<sup>10</sup>. Pero si concurre ese mínimo, será suficiente de modo que bastaría disponer de una infraestructura básica y de un administrador, incluso sería suficiente que algún miembro del consejo se ocupase de la gestión y administración de las participaciones. Por tanto, el requisito de la existencia de medios materiales y personales se incumplirá si la gestión de las participaciones o las actividades meramente administrativas derivadas del desarrollo de su objeto social se realizaran total o parcialmente por medios ajenos a la ETVE. Por el contrario, tal requisito (fundamental, porque en torno al mismo se configura la existencia de un motivo económico válido en la constitución de la ETVE) se entenderá cumplido cuando los medios materiales sean suficientes, aunque sean mínimos.

La tenencia de una participación de acciones de una sociedad no residente no tiene que ser su único objeto social, por lo que se puede plantear que la sociedad que se constituya en España realice otras actividades, como labores de mediación, estudios de mercado o servicios de apoyo a la gestión. El límite general es que tales actividades secundarias no deben desvirtuar la calificación del objeto social<sup>11</sup>. Obviamente, las ventajas fiscales, y en especial la exención de los dividendos, sólo alcanzarán a los rendimientos derivados de la gestión de cartera. De manera

---

<sup>10</sup> A. MARTÍN JIMÉNEZ, “Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros como instrumento de planificación fiscal”, *Revista de Técnica Tributaria*, n. 67, octubre-diciembre, 2004, p. 74.

<sup>11</sup> S. LOPEZ RIBAS, “Tributación de la Sociedad de Tenencia de Valores Extranjera y sus socios”, *op. cit.*, p. 8.

que se integrarán en la base imponible de la ETVE española las rentas que no cumplan los requisitos de la exención<sup>12</sup>.

Y además, la ETVE podrá acogerse al régimen fiscal ventajoso para dividendos y plusvalías por la transmisión de acciones de fuente extranjera, aunque la misma tenga participaciones en entidades residentes en territorio español y cualquiera que fuera su grado de participación. Esta circunstancia hace perfectamente convalidable el régimen de los ETVE a nivel internacional, puesto que las ETVEs serán entidades sujetas, las cuales respecto a las rentas correspondientes a la participación en entidades residentes tributarán aplicando el régimen general, y, en su caso, la deducción por doble imposición interna prevista en el artículo 30 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades (así lo ha establecido la Resolución de la DGT de 11 de febrero de 1999).

### 3.2. Carácter nominativo de las acciones o participaciones

Los valores representativos de la entidad han de ser nominativos, por tanto deben estar identificados todos los socios y partícipes<sup>13</sup>. Se trata de un requisito esencial para que se pueda aplicar el régimen de las ETVE, y que se implementa para excluir rasgos de competencia fiscal desleal derivados de la falta de transparencia por no poder identificarse la verdadera titularidad de la entidad, como ocurre con regímenes preferenciales de inversión que permiten constituir ese tipo de plataformas inversoras con acciones al portador (el caso de Panamá es muy significativo). Naturalmente, y dado que la forma de designar a los titulares de las acciones o participaciones de una sociedad debe figurar en sus Estatutos, la

<sup>12</sup> J.A. RODRIGUEZ ONDARZA y J.J. RUBIO GUERRERO, “Comentarios al Régimen Fiscal de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros”, *op. cit.*, p. 67.

<sup>13</sup> Como consecuencia del establecimiento de este requisito la disposición transitoria tercera del Real Decreto-Ley 3/2000 abrió un período de adaptación para aquellas entidades que tenían concedido el régimen fiscal de la ETVE antes de su entrada en vigor, permitiendo la renuncia al mismo mediante una comunicación al Ministerio de Hacienda antes de que finalice el primer período impositivo que concluya después de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley (25 de junio de 2000) o bien la conversión en nominativos de los valores citados dentro del primer período impositivo en el que sea de aplicación el nuevo régimen.; J.A. RODRIGUEZ ONDARZA y J.J. RUBIO GUERRERO, “Comentarios al Régimen Fiscal de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros”, *op. cit.*, p. 58.

sociedad que no incluya esta circunstancia en sus estatutos sociales, no podrá acogerse al régimen de las ETVE, si no los modifica previamente. Y aunque la identificación va ligada a la condición de títulos valores de las acciones o participaciones, en el caso de sociedades cuyos títulos no tengan tal condición, la DGT ha flexibilizado este requisito.

Así ocurre con las sociedades colectivas, y en especial, con las sociedades limitadas, pues la mayoría de las ETVEs acabarían constituyéndose como limitadas, acogiéndose al capital mínimo. Tal y como señala el artículo 5.2 de su Ley 2/1995, de 23 de marzo, reguladora de las sociedades de responsabilidad limitada, las participaciones de las mismas no tendrán el carácter de valores, ni podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones. Aun cuando una ETVE tenga forma jurídica de sociedad de responsabilidad limitada, lo fundamental es que los titulares se encuentren identificados (véase la respuesta a Consulta de 15 de junio de 2005, respecto a sociedades colectivas y sociedades de responsabilidad limitada). Para tal identificación será admisible cualquier medio de prueba, habiéndose aceptado por la DGT el documento público que acredite la adquisición de las participaciones o un certificado expedido por los administradores (Resolución de la DGT 16 de febrero de 2001).

### **3.3. Realización de actividades empresariales por las entidades participadas**

La sociedad de la cual la ETVE tuviese acciones o participaciones cuyos dividendos o plusvalías gozarán de la ventaja de no integrarse en su base imponible ha de reunir dos requisitos: ser residente en el extranjero y realizar actividades empresariales en el extranjero.

En primer lugar debe ser una filial en el extranjero. De acuerdo con los criterios establecidos en el Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, se considera que una entidad es residente en un Estado cuando, con arreglo a la legislación del mismo, esté sujeta a imposición en dicho Estado por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga (art. 4.1), de manera que cuando pueda ser residente de dos Estados, se considerará residente solamente del Estado en que se encuentre su sede de dirección efectiva. Estos mis-

mos criterios se establecen en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades al objeto de determinar la residencia de una entidad en territorio español y han de ser los elementos a tener en cuenta para determinar la residencia de la filial de la ETVE en el extranjero, como así reconoce la respuesta a Consulta Vinculante de la DGT de 1 de marzo de 2000 (0398-00).

En consecuencia, al efecto de aplicar el régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros al caso planteado, deberá justificarse por un medio de prueba idóneo que la referida entidad tiene su residencia fiscal en el denominado *país de operación* o tercer país, además de los otros requisitos, como estar sujeta y no exenta a un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades.

En segundo lugar ha de tratarse de una entidad que desarrolle una actividad económica sustancial. En el caso específico de plusvalías, también en este caso el requisito deberá cumplirse en todos y cada uno de los ejercicios de la tenencia de la participación. Se considera que se realizan actividades empresariales cuando al menos el 85 por 100 de los ingresos de la participada en el ejercicio corresponden a rentas no incluidas en el régimen de transparencia fiscal internacional. Se exige, por tanto, que más del 85 por 100 de las rentas obtenidas por la sociedad extranjera participada estén integradas por verdaderas rentas activas, no rentas procedentes de la explotación o tenencia de bienes inmuebles, cartera de valores o intangibles, que son las que determinan la aplicación del *foreign controlled corporation*<sup>14</sup>. El 15 por 100 de los ingresos restantes

---

<sup>14</sup> La figura de la transparencia fiscal internacional incluye entre sus elementos estructurales, además de la exigencia de que los socios personas físicas residentes controlen de alguna manera (mayoría del capital, de los derechos de voto) a la entidad no residente y que ésta radique en un Estado con régimen fiscal privilegiado, sea paraíso fiscal o no, que las rentas obtenidas por la entidad no residente tengan una determinada naturaleza: las derivadas de la titularidad de bienes inmuebles rústicos y urbanos o de derechos reales que recaigan sobre los mismos y las derivadas de la participación en fondos propios de cualquier tipo de entidad, esto es, las que podemos reconocer como rentas pasivas, y por otro las que proceden de ganancias de capital derivadas de la transmisión de bienes inmuebles rústicos y urbanos y derechos representativos de la participación en los fondos propios de entidades o de la cesión a terceros de capitales. Vid. E. SANZ GADEA, “El régimen especial de transparencia fiscal internacional”, *Working Papers*, IEE, Banco Pastor-Fundación Barrié, A Coruña, 2000, p. 47.

de la participada pueden proceder de la realización de cualquier tipo de actividad, incluso de aquellas que generen rentas susceptibles de estar sometidas al régimen de transparencia fiscal internacional.

Una cuestión que la norma pretende también resolver es la de los criterios a tener en cuenta para entender que las rentas se han obtenido y realizado en el extranjero. Así, para admitir que las actividades empresariales se han realizado en el extranjero, se mantienen las mismas cuatro reglas contenidas en la normativa anterior para los casos de comercio al por mayor, servicios, actividades crediticias y financieras y aseguradoras. Este tipo de actividades se entendían realizadas en el territorio de otro Estado cuando se llevasen a cabo mediante una organización de medios materiales y personales de la que disponga la entidad participada no residente en ese Estado. Se exige además que ni los bienes ni servicios que constituyen el objeto propio de las cuatro actividades citadas se pongan a disposición, sean utilizados, otorgados o asegurados en territorio español.

#### 4. Régimen fiscal de las ETVE'S. Ventajas fiscales

Lo fundamental del régimen tributario de las ETVE'S es su carácter privilegiado. Precisamente este régimen privilegiado es lo que ha suscitado las dudas acerca de si estamos ante un ejemplo de competencia fiscal lesiva, descrita por la OCDE en su documento *Harmful Tax Competition* de 1998 y, posteriormente en el Informe *Project in Harmful Tax Practices*, Progress Report 2001<sup>15</sup>. Para neutralizar estos regímenes fiscales preferenciales, los Comentarios al art 1 del Modelo OCDE de Convenio para Evitar la Doble Imposición, prevén cláusulas de exclusión o *exclusion approach*, impidiendo la aplicación de los beneficios de un Convenio de Doble Imposición a determinados tipos de regímenes preferenciales o a determinados tipos de sociedades privilegiadas. Dichas cláusulas son muy frecuentes en los Convenios de Doble Imposición con Luxemburgo, para neutralizar la figura de las *holdings*. Aunque respecto

---

<sup>15</sup> El Informe de la OCDE de 1998 tiene naturaleza de recomendación de acuerdo con el art. 5 del Convenio Fundamental de la OCDE. En el mismo se definía el concepto de "paraíso fiscal" a partir de cuatro notas: tributación nominal o nula.

a las ETVE'S todavía no se han planteado su inclusión en cláusulas de exclusión convencional<sup>16</sup>. Así ocurre con los recientes Convenios firmados por España, especialmente con países de América Latina, destacando el Convenio con Colombia (31 de marzo de 2005. (BOE 28.10.2008) o con Uruguay firmado el 9 de octubre de 2009. Tampoco otros convenios en tramitación contienen esta cláusula, como es el caso del España-Perú en tramitación (en su versión de 6 de abril de 2006).

Tampoco los Convenios firmados por España suelen incluir cláusulas de sujeción —o *subject to tax clauses*— por lo que, si como consecuencia de la exención derivada de la aplicación del régimen de ETVE se produce una doble no imposición de la sociedad matriz residente en el país que tienen Convenio con España y que ha constituido la ETVE, esta no podrá ser combatida ni por España ni por el país de residencia de la matriz.

Como apuntamos antes, esta cuestión ha adquirido gran relevancia en las relaciones con Brasil (país con el que España tiene un Convenio muy anacrónico, de 1974). Es frecuente que residentes en Brasil hayan constituido ETVEs en España que posteriormente distribuyen dividendos a Brasil, procedentes de beneficios que han gozado del derecho a la exención del artículo 21 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades. Brasil ha negado que estos dividendos se pueden beneficiar de la exención prevista en el artículo 23.4 del Convenio para evitar la Doble Imposición entre España y Brasil, y lo ha hecho a través de una disposición interpretativa interna de ínfimo rango, el *Acto Declaratorio Interpretativo* N° 6, de 6 de junio de 2002 de la *Receita Federal Brasileira*, que se pronuncia sobre la no aplicabilidad del Convenio a los dividendos procedentes de entidades acogidas al régimen ETVE.

La Administración ha rechazado la interpretación realizada por las autoridades brasileñas en el citado Acto Declaratorio, considerando que no se corresponde ni con la letra ni el espíritu del Convenio firmado entre ambos Estados. En efecto, como señala la respuesta a Consulta Vinculante de 14 de julio de 2003, el artículo 23.4 del Convenio España-

---

<sup>16</sup> F.A. VEGA BORREGO, *Las medidas contra el treaty shopping*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, pp. 390 y ss.

Brasil firmado el 14 de noviembre de 1974. (BOE, 31-diciembre-1975), no exige que se graven efectivamente los dividendos en España, sino que España tenga derecho a hacerlo de acuerdo con el Convenio. Esto último ocurre en el caso de la ETVE, con independencia de la renuncia a tributación que se produce en nuestra Ley interna. Por tanto, el artículo 23.4 sería plenamente aplicable a los dividendos distribuidos por la ETVE a un residente en Brasil, por lo que Brasil debería eximir de gravamen esos dividendos.

Muy resumidamente, esas ventajas fiscales serán las siguientes: no se gravan los dividendos distribuidos a sujetos residentes fuera de la Unión Europea, no se gravan los dividendos y ganancias de cartera de valores extranjeros exentos y se otorgan otras ventajas fiscales, como la deducción de los gastos financieros para la adquisición de la participación, la dotación de una provisión para la depreciación de la cartera o la amortización del fondo de comercio financiero.

En cualquier caso, para gozar de las ventajas fiscales que describiremos a continuación, es requisito indispensable la constitución de la ETVE con forma de sociedad anónima o de responsabilidad limitada (será por tanto una sociedad residente), incluyendo la posibilidad de fórmulas de responsabilidad colectiva y que la adopción del régimen especial sea comunicado por la ETVE al Ministerio de Hacienda, siguiendo, por tanto, un régimen de mera comunicación y no de autorización. El órgano competente para instruir y resolver el procedimiento será la DGT. Se prevé un procedimiento desarrollado en dos fases; un análisis de la documentación, con el deber de poner de manifiesto el expediente para que el sujeto pasivo alegue lo que tenga a bien en defensa de su derecho en un plazo máximo de 15 días. Y una resolución, en la cual, en un plazo máximo de tres meses desde que se haya presentado la solicitud, el órgano administrativo deberá conceder o denegar la solicitud de manera motivada.

El régimen beneficioso se aplicará desde el período impositivo que finalice con posterioridad a dicha comunicación. Por supuesto, al igual que se señalaba en la regulación anterior «el disfrute del régimen estará condicionado al cumplimiento de los supuestos de hecho relativos al

mismo que deberán ser probados por el sujeto pasivo a requerimiento de la Administración tributaria».

#### 4.1. Exención de los dividendos

Las principales ventajas fiscales de las ETVE'S están recogidas en el artículo 130 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades: «los dividendos o participaciones en beneficios de entidades no residentes en territorio español, así como las rentas obtenidas en la transmisión de las participaciones correspondientes, podrán disfrutar de la exención para evitar la doble imposición económica internacional en las condiciones y con los requisitos previstos en el artículo 20 *bis* de esta Ley». Si bien sólo se mencionan dividendos y plusvalías y no rentas obtenidas en los supuestos de separación del socio (en este caso la ETVE) o disolución de la entidad no residente, podría considerarse que están dentro del ámbito objetivo de la exención.

Así, en primer lugar se declaran exentos los dividendos obtenidos en España por la ETVE. La norma proclama la exención de los dividendos sin diferenciar entre íntegros o brutos. Sin embargo una interpretación sistemática del precepto debe llevar necesariamente a declarar exenta la base imponible correspondiente a los dividendos de fuente extranjera (dividendo bruto menos el impuesto pagado en el extranjero), «pues de otra forma se estaría considerando el impuesto extranjero pagado en la distribución de dividendos por la filial como deducible en la base imponible de la ETVE»<sup>17</sup>.

En cuanto a las plusvalías por las transmisión de las participaciones de la ETVE, estarán exentas el total de la renta obtenida en la transmisión, con independencia de que esté respaldada o no por beneficios no distribuidos de la entidad participada generados durante la tenencia de la participación y que, por lo tanto, hayan estado sometidos a tributación o no. Esto significa que quedan exentas de tributación en la ETVE las plusvalías tácitas, plusvalías que no habrán tributado en el país de la fuente al no proceder de beneficios generados por las actividades de la

---

<sup>17</sup> A. MARTIN JIMENEZ, “Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros como instrumento de planificación fiscal”, *op. cit.*, p. 87.

filial. Y tampoco habrán soportado “retención” en dicho país, debido a que, para las rentas derivadas de la transmisión de cartera de valores, el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE que rige la mayoría de los Convenios para evitar la Doble Imposición otorga, con carácter general, la potestad de imposición al Estado de residencia del transmitente. Si estas plusvalías tácitas afloran posteriormente en la entidad no residente, serán sometidas a imposición. Por lo que, el único efecto que se habrá producido es la eliminación de la doble imposición con carácter previo a que se produjese la imposición inicial, pero la aritmética de la tributación habrá sido correcta. Parece evidente resulta más *rentable fiscalmente* que estas plusvalías no afloren, pues si ello es así, no se habrá tributado por la plusvalía y, sin embargo, se podrá computar la paralela minusvalía en la base imponible.

La Ley regula también normas especiales que tratan de evitar que se aplique la exención para las plusvalías en ciertos supuestos; así, por ejemplo, si la no residente posee participaciones o activos en España que superen el 15 por 100 de sus activos totales, la exención sólo se aplica respecto a aquella parte de la renta obtenida que se corresponda con el incremento neto de los beneficios no distribuidos generados por la entidad participada. Se trata de una limitación con una gran indefinición en los términos que emplea<sup>18</sup>. Además, cuando la participación haya sido objeto de alguna corrección de valor deducible en la declaración fiscal de la sociedad tenedora, la exención de la ulterior plusvalía por la transmisión sólo abarcará al exceso de ganancia de patrimonio sobre dicha corrección. La finalidad de esta previsión no es otra que evitar un doble beneficio fiscal.

Sin acoger la anacrónica visión restrictiva en la interpretación de las exenciones, sí es cierto que la DGT ha rechazado extender estas exenciones a otros casos no expresamente previstos en la norma. Así la Resolución de la DGT de 6 de octubre de 1997 ha puesto de manifiesto

---

<sup>18</sup> E. SANZ GADEA, “El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la Ley 6/2000”, *Tribuna Fiscal*, n. 130-131, pp. 64 y 65; A. MARTIN JIMENEZ, “Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros como instrumento de planificación fiscal”, *op.cit.*, p. 91.

claramente que la exención prevista para los dividendos no puede extenderse a rentas que no tengan esta calificación, por lo que no se aplicará la exención a las rentas derivadas de una sucursal en el extranjero al no ser dividendos ni participaciones en beneficios. De igual forma se ha generado polémica respecto a los rendimientos procedentes de la figura híbrida de los créditos participativos. Los mismos se encuentran regulados en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, reformado por la Disposición Adicional Segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre<sup>19</sup>, y se caracterizan porque la retribución del prestamista es un interés variable determinado en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria, esto es, de sus beneficios. Pero no existe duda de que la modalidad préstamo participativo es un préstamo y no constituye participación en fondos propios de la entidad prestataria<sup>20</sup>, y ello tanto si se pacta un interés fijo con participación en beneficios, como si se otorga un crédito que posteriormente atribuye al acreedor el derecho a participar en los beneficios del deudor<sup>21</sup>. En suma, y como ha reconocido la DGT en la Resolución de 16 de febrero de 2002, las rentas derivadas de préstamos participativos no son dividendos ni participaciones en beneficios, sino ingresos financieros derivados de capitales, por lo que no se incluirán dentro de las rentas exentas de la ETVE.

Más dudoso ha resultado desde siempre la cuestión de si la exención exige que la ETVE perciba directamente el dividendo de la participada o si tal exención se pierde cuando se interpone una *subholding* entre la ETVE y las sociedades participadas que realizan actividades empresariales. Formalmente, transmitir las acciones o participaciones de la

---

<sup>19</sup> Cuyo antecedente inmediato se encuentra en el Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre sobre conversión y reindustrialización, sustituido por la Ley 27/1984, de 26 de julio. El origen de la figura no es otro que facilitar un instrumento para la financiación de los sectores en crisis, en el marco de la llamada *reconversión industrial*.

<sup>20</sup> M. BROSETA PONT, “Régimen de los préstamos participativos (el art. 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 14, 1984, pp. 247 y ss; R. GARCIA VILLAVERDE, “Créditos participativos” en *Contratos Bancarios*, Varios Autores, Civitas, Madrid, 1992, pp. 189 y ss.

<sup>21</sup> M. BROSETA PONT, “Régimen de los préstamos participativos”, op. cit., p. 250.

*subholding* no es transmitir las participaciones de la filial no residente, pero a través de la enajenación de las acciones o participaciones de la *subholding* se puede llegar a obtener el control de las participadas. La DGT se ha fijado en este dato para acudir a un criterio sustancialista en la interpretación de las exenciones y ventajas fiscales de las ETVEs. Así, el Centro Directivo ha señalado que, siempre que se cumplan los requisitos generales que permiten la no integración de las rentas en la base imponible de la ETVE, la exención se aplica a las rentas derivadas de la transmisión de la participación de la *subholding* (Resolución de 9 de abril de 1999). En cualquier caso, esta doctrina suscita la duda de si la misma doctrina ha de ser aplicable a los supuestos de interposición de *subholdings* de segundo y ulterior nivel. Si de la lógica de la aplicación del sistema no parece muy adecuada una respuesta afirmativa, no hay motivo para excluir en estos supuestos, la aplicación de la doctrina general sentada por la DGT.

Por último hay que tener en cuenta lo dispuesto en la letra c) del artículo 118, c) del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades, según el cual cuando el perceptor sea una persona física o una entidad no residente en territorio español, «el beneficio distribuido, cuando proceda de rentas no integradas en la base imponible, no se entenderá obtenido en territorio español». A estos efectos se entenderá que el primer beneficio distribuido procede de las rentas no integradas en la base imponible. Lo dispuesto en esta letra no se aplicará cuando el perceptor del beneficio resida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, teniendo en cuenta la catalogación de paraísos fiscales que en España sigue el criterio de lista negra (RD 1080/1991, de 5 de julio), y el concepto sustancial de paraíso que desde el 2001 maneja la OCDE, basado en la ausencia de cooperación e intercambio de información<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> El problema se plantea con algunos países de la Unión Europea, que han ingresado en 2004, y en concreto Malta y Chipre. El criterio que determina que un Estado deje de ser paraíso fiscal es que adopte unos estándares mínimos de transparencia e intercambio de información, sin que la existencia de una tributación comparativamente baja determine, por si sola, la condición de paraíso. En este sentido, hay que recordar que Malta ha dejado de ser paraíso fiscal pues ha firmado con España un Convenio de Doble Imposición de 8 de noviembre de 2005 con cláusula de intercambio de

No obstante, en el ámbito europeo, y dada la aplicación expansiva de la Directiva 77/799/CEE de 19 de diciembre de intercambio de información como consecuencia de la interpretación postulada por la sentencia *Halliburton Services* de 1994<sup>23</sup>, será difícil localizar paraísos. Al margen del caso de Chipre, la DGT ha reconocido que Luxemburgo no es paraíso fiscal (respuesta a Consulta de 30 de octubre de 2001 - 1931-01).

La entidad que distribuye el beneficio deberá mencionar en la memoria el importe de las rentas no integradas en la base imponible y los impuestos pagados en el extranjero correspondientes a las mismas, y facilitar a sus socios la información necesaria para que éstos puedan cumplir lo previsto en las letras anteriores.

En suma, constituye una ventaja adicional el hecho de que los beneficios distribuidos por las ETVs a la sociedad residente en el extranjero con cargo a rentas no integradas en la base imponible de aquéllas, no estarán sujetos al Impuesto sobre la Renta de No Residentes por cuanto se consideran no obtenidos en territorio español. Ello excluye la posibilidad de aplicación de cualquier gravamen interno basado en un criterio territorial (que es lo que fundamenta la mayoría de los *withholding*) sobre rentas que no han sido integradas, y excluye, obviamente la implementación de cualquier *exit tax*. Aunque en el ámbito de la Unión Europea esta posibilidad estaría excluida por aplicación de la Directiva 90/435/CEE del Consejo, de 23 de julio de 1990, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros, modificada por la Directiva 2003/123/CE y que dispone que, en todo caso, que los beneficios distribuidos por una sociedad filial a su

---

información. Pero formalmente, Chipre sigue en la lista española de paraísos fiscales, aunque es miembro de la Unión Europea. *Vid.* al respecto, A. MARTÍN JIMÉNEZ y J.M. CALDERÓN CARRERO, “Las normas antiparaíso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, *Instituto de Estudios Fiscales*, documento n. 11, 2004, p. 14; C. GARCÍA-OLÍAS JIMÉNEZ, “Situación actual de la fiscalidad en el pago de dividendos, intereses y cánones tras la adhesión de los nuevos Estados miembros a la Unión Europea. Especial referencia a los casos de Malta y Chipre”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, n. 10, 2005, pp. 29-31.

<sup>23</sup> P. ROSSI, “Paradisi fiscali e bancarie. Le strategie di contrasto agli abusi nell’Unione Europea”, *Il Fisco*, EIT, 1998, n. 2, pp. 50-510.

sociedad matriz en otro Estado miembro quedarán exentos de retención en origen.

#### **4.2. Requisitos para la aplicación de la exención**

Conviene recordar que la concurrencia de la exención está condicionada a que se cumplan *los requisitos previstos en el artículo 20 bis de esta Ley*. Eso supone aplicar los requisitos del artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. En función de ello, la ETVE debe tener una participación mínima del 5 por 100 sobre la sociedad participada.

De no ser así cabe la inaplicación del porcentaje mínimo de participación de la ETVE del 5 por 100 cuando el valor de adquisición de dicha participación sea superior a 6.000.000 de euros y, lógicamente, el capital de la sociedad que otorgue forma jurídica a la ETVE tendría que ser acorde con esta cifra. Este es uno de los elementos más significativos de este régimen y ello, básicamente, por dos razones. En primer lugar, porque permite soslayar la aplicación del requisito exigido por el artículo 21 relativo a la participación mínima del 5 por 100 sobre la entidad no residente por el sencillo expediente de constituir una ETVE a la que se aporte tal cartera, siempre que ésta sea superior a seis millones de euros. Esto significará que los rendimientos derivados de carteras sobre entidades no residentes con un valor de adquisición superior a esa cuantía van a estar siempre exentos.

Además de todo lo anterior, si la entidad participada tuviera una filial en su país de constitución o fuera de tal país, el porcentaje mínimo para las participaciones indirectas, debería ser también de, al menos el 5 por 100, o bien que se cumpla el requisito de pertenencia a un grupo que formule estados consolidados en el extranjero cuando filial y subfilial residen en el mismo país. Cumpliéndose estas exigencias, estarán también exentos en España los dividendos y plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones en otras entidades no residentes (filiales de segundo y ulterior nivel). O lo que es lo mismo, Si la participación indirecta es del 5 por 100, estarán también exentas en España los dividendos y plusvalías derivadas de la transmisión de participaciones en otras entidades no residentes (filiales de segundo y ulterior nivel).

Además, la ETVE deberá poseer la participación de las acciones de la entidad extranjera participada de forma ininterrumpida durante un año contado desde la fecha de adquisición hasta la de su transmisión, en el transcurso del cual deben percibirse los dividendos o participaciones en beneficios. Esto es, se requiere una posesión ininterrumpida durante el año anterior al día en que sean exigibles los dividendos<sup>24</sup>. Para el cómputo de este plazo se considera el tiempo que la participación haya estado en poder por otra entidad que forme parte del grupo de sociedades de la ETVE en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. Es decir, de aquellas sociedades que integren un grupo vertical o de subordinación, en especial después de que la Ley 16/2007, de 4 de julio, haya suprimido el requisito de *unidad de decisión* que fundaba la posibilidad de incluir en los grupos del artículo 42 del Código de Comercio los llamados grupos horizontales.

Al respecto se ha discutido sobre la forma concreta de efectuar este cómputo en los casos en que la ETVE se constituye mediante una aportación no dineraria de participaciones en el capital de entidades no residentes. En tal caso es obvio que el período de tenencia, con carácter general, se computa desde que la adquirente recibe las participaciones. Para la DGT en respuesta a Consulta de 29 de enero de 199, sólo se excepcionará esta regla y el cómputo se efectuará teniendo en cuenta el período de tenencia por el transmitente cuando éste y la adquirente formen parte de un grupo consolidado, de los previstos en el artículo 42 del Código de Comercio. Ello supone que, con carácter general, el período de tenencia de la participación por la aportante se tendrá en cuenta cuando aportante y adquirente formen parte de un grupo consolidado de los previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, independientemente del lugar de residencia de la aportante.

Tengamos en cuenta que estos requisitos de plazos mínimos de tenencia de las participaciones como cautelas antielusorias deben de entenderse flexibilizados, en el sentido de que se podrá completar el tiempo con posterioridad, a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de

---

<sup>24</sup> J.A. RODRIGUEZ ONDARZA y J.J. RUBIO GUERRERO, “Comentarios al Régimen Fiscal de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros”, *op. cit.*, p. 59.

la Comunidad Europea (TJCE), *Denkavit*, de 17 de octubre de 1996. Para esta resolución, que analiza el art. 2, 3 de la Directiva 90/435/CEE, la norma comunitaria autoriza a los Estados miembros a supeditar la aplicación de la Directiva a la tenencia de las participaciones por un período de dos años, señalando que se trata de una disposición destinada a «combatir los abusos resultantes de la adquisición de participaciones en el capital de sociedades con el único fin de beneficiarse de las ventajas fiscales previstas»<sup>25</sup>. Pero, al tiempo señala esta resolución que tales requisitos, por su esencia de cautelas antielusorias, han de interpretarse en el sentido de que sólo se pueden aplicar cuando la actuación sea verdaderamente fraudulenta, y ello no es incompatible con completar el tiempo de tenencia con posterioridad.

Se exige además que la entidad extranjera participada se encuentre gravada por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades en los ejercicios en los que se han generado las rentas que se declaran exentas en la ETVE. Cuando la exención se aplique a las plusvalías generadas por la transmisión de la participación, el requisito de gravamen por un impuesto análogo deberá cumplirse en todos y cada uno de los ejercicios de tenencia de la participación.

Tal identidad o analogía se apreciará teniendo en cuenta los tributos extranjeros que tengan por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada aunque sea de forma parcial y con independencia de que el objeto de tal tributo sea la renta, los ingresos o cualquier elemento indiciario de aquélla. En este último caso se plantea la cuestión de si cualquier sistema indiciario de tributación de la renta permite hablar de impuesto análogo, o si la expresión «cualquier elemento indiciario» está haciendo referencia a un tributo que tome algún aspecto de la realidad, aunque presuma otros (por ejemplo, algunos gastos). La conclusión más razonable parece aconsejar que se trate de un tributo que toma, al menos parcialmente, la renta realmente obtenida como objeto de gravamen.

---

<sup>25</sup> Vid. al respecto, M. LUCAS DURAN, “La sentencia del TJCE *Denkavit* et al., de 17 de octubre de 1996, y sus repercusiones en el Derecho Tributario español”, *Quincena Fiscal*, n. 22, 1997, pp. 56-58.

Y también la DGT ha entendido que la renta es gravada en el país de residencia de la filial por un impuesto análogo cuando el gravamen es fruto de la aplicación de una cláusula especial antielusión basada en una ficción tributaria, como el régimen de transparencia fiscal. En el caso resuelto por la Consulta de la DGT de 30 de octubre de 2001, la ETVE participa en el 100 por 100 de una *Limited Liability Company* (LLC) residente en Estados Unidos y sujeta allí a un régimen fiscal especial que grava a los socios y no a la compañía. Para la DGT, los beneficios percibidos por la ETVE que procedan de la sociedad LLC no se integrarán en la base imponible de la entidad de tenencia de valores extranjeros, siempre que se cumplan los demás requisitos establecidos en el artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Lo mismo ocurre en el caso de transmisión de cuotas de participación de la sociedad LLC por parte de la ETVE, siempre que se cumplan los requisitos establecidos anteriormente.

Sin embargo, esta solución de la DGT no se fundamenta en una interpretación del requisito de un impuesto análogo como exigencia de una imposición efectiva, aunque sea a través de un sistema que desconoce el gravamen de la sociedad y hace tributar al socio por una renta que la sociedad no ha distribuido. Se basa en que en España existía, cuando se respondió la Consulta, un régimen similar a la transparencia fiscal interna que se aplica a las LLC en Estados Unidos. Es decir, existía un sistema de tributación análogo al aplicado en Estados Unidos, aunque no sea el que se aplique a la ETVE. En la medida en que ese régimen ya no existe, pues ha sido suprimido por la reforma introducida por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, la conclusión no puede ser ya que en casos como este se cumple el requisito de gravamen por un impuesto análogo.

Como veremos, el carácter análogo del impuesto soportado es una cuestión muy controvertida. La existencia de ese impuesto análogo conjura la calificación como paraíso fiscal y permite la aplicación del método de exención para evitar la doble imposición internacional, del art. 21 del Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades. Desde la entrada en vigor de la Ley 62/2003, para períodos iniciados a partir del 1 de enero de 2004, se considera cumplido el requisito del gravamen en el extranjero sin que quepa prueba en contrario, cuando la entidad participada

sea residente en un país con el que España tenga un Convenio de Doble Imposición que contenga cláusula de intercambio de información. Así ocurre con la práctica totalidad de Convenios concertados con España.

Dicha cláusula de información es la contenida en el artículo 26 del Modelo OCDE, cuyos Comentarios actualizados se han publicado en 2008. Esta cláusula ha experimentado una importante flexibilización en sus requisitos a partir de la actualización del Modelo OCDE de 2005 y experimentará un cambio aún mayor en la versión de 2010, que pretende una supresión prácticamente total de las excepciones a la obligación de intercambio de información<sup>26</sup>.

Como contrapunto de este régimen ventajoso, consistente en la exención de dividendos y plusvalías, si la ETVE ha aplicado la exención a los dividendos procedentes de la filial no residente, no podrá integrar en la base imponible la depreciación de la participación hasta el importe de tales dividendos, cualquiera que sea la forma y el período impositivo en que se ponga de manifiesto, esto es, tanto si se trata de una depreciación de la participación como de una minusvalía derivada de su transmisión.

#### **4.3. Deducción por doble imposición internacional**

Para el caso de que los perceptores de los dividendos distribuidos por la ETVE sean residentes en España y, por tanto, se les aplique la legislación interna, es necesario saber si la misma otorga o no algún mecanismo para compensar la doble imposición jurídica o económica que pueda tener lugar. Como veremos a continuación, sólo para el caso de que el perceptor de tales dividendos o plusvalías derivadas de la enajenación de participaciones sea residente, y tanto si se trata de una persona física como de una persona jurídica, la Ley determina la integración de los beneficios distribuidos por la ETVE en la base imponible del socio. En los demás casos, en tanto esos dividendos no habrán tributado en España, por aplicación del régimen privilegiado de la ETVE, no podemos hablar en sentido estricto de doble imposición económica interna, por lo que no se aplicarán los mecanismos de corrección de la doble imposición inter-

---

<sup>26</sup> Por todos, K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Ed Kluwer, 1997. 3º ed., p. 1402.

na. En la actualidad, y tras la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) con la Ley 35/20006, tal mecanismo de corrección de la doble imposición sólo existe respecto a las personas jurídicas. En el caso de las personas físicas, el texto de la vigente Ley del IRPF eliminó el sistema de *imputación estimativa* vigente desde el 1 de enero de 1995, consistente en multiplicar el dividendo íntegro por 140 por 100 con carácter general. Y ello por la jurisprudencia del TJCE que apreció en estos sistemas una discriminación contraria a la libre circulación de capitales (sentencias *Verkooijen* de 6 de junio de 2000 (C- 35/98), y *Manninen* de 7 de septiembre de 2004, C-319/02).

Para el caso de personas jurídicas, la Ley reguladora del Impuesto sobre Sociedades prevé un sistema según el cual será posible la deducción del 50 por 100 del dividendo percibido, salvo que la perceptora disponga de más del 5 por 100 del capital de la sociedad que reparte el dividendo, en cuyo caso la deducción será del 100 por 100.

No obstante, sí resulta posible determinar la existencia de una doble imposición internacional. En concreto, es posible que el dividendo haya soportado una doble imposición económica (habrá sido gravado como beneficio social con un impuesto análogo al español sobre la renta de las Sociedades) y jurídica (es posible que exista un impuesto a la fuente al dividendo pagado)<sup>27</sup>. Y así, la persona física podrá aplicar la deducción por doble imposición internacional en los términos previstos en la Ley del IRPF, que prevé un sistema de imputación ordinaria. Tal corrección tendrá lugar respecto a los impuestos pagados en el extranjero correspondientes a las rentas que hayan contribuido a la formación de los beneficios percibidos<sup>28</sup>.

Si se trata de una persona jurídica, podrá aplicar la deducción por doble imposición internacional tanto jurídica como económica. Frente a la doble imposición jurídica, se prevé un sistema de imputación cuando cualquier renta obtenida en España haya sido gravada en el extranjero.

<sup>27</sup> N.T. SOUSA SANTOS AGUIAR, “La fiscalidad de los beneficios societarios y de los capitales en la Unión Europea”, *Revista del Centro de Estudios Financieros*, n. 262, 2005, p. 22.

<sup>28</sup> J.A. RODRIGUEZ ONDARZA y J.J. RUBIO GUERRERO, “Comentarios al Régimen Fiscal de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros”, *op. cit.*, p. 67.

La cuantía de esta deducción equivale a la menor de estas dos cantidades: el importe del tributo soportado en el extranjero por un impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades o el importe de la cuota íntegra que correspondería pagar en España si se hubieran obtenido aquí tales rentas. Resulta compatible con este sistema la aplicación del método de imputación frente a la doble imposición económica (art. 32 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).

Para la aplicación de este método es requisito indispensable que la sociedad residente en España integre la renta en su base imponible y que disponga de una participación de, al menos, el 5 por 100. Este método permite imputar tanto el impuesto subyacente como el gravamen del dividendo, otorgando un crédito fiscal por la cuantía del impuesto que grava el dividendo en el Estado de la fuente. Existe un límite conjunto para todas estas deducciones, ya que las mismas no pueden superar la cuota íntegra que se hubiera de pagar en España si se hubiesen obtenido en territorio español. El exceso no es gasto deducible.

Pero la *estrella* del sistema español de mitigación de la doble imposición lo constituye el sistema de exención previsto en el art. 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades. Este precepto contempla un método de exención para dividendos y rentas derivadas de transmisión de participaciones en entidades no residentes<sup>29</sup>.

Se trata de un sistema opcional, o, lo que es lo mismo, el sujeto pasivo puede optar por integrar las rentas en la base imponible y aplicar el sistema de imputación. Se trata, además, de una exención que no está mediatizada por ningún condicionamiento en cuanto al objeto social de la entidad perceptora.

Son requisitos para su aplicación que el residente tenga, al menos, el 5 por 100 de la entidad participada, que lo haya tenido en el año anterior, que las rentas de la entidad participada procedan de la realización de una actividad empresarial, que no resida en un paraíso fiscal y que haya soportado un impuesto análogo al Impuesto español sobre Sociedades.

---

<sup>29</sup> C. GARCIA OLIAS-JIMENEZ, "Situación actual de la fiscalidad en el pago de dividendos, intereses y cánones tras la adhesión de los nuevos Estados miembros a la Unión Europea", *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, n. 10, 2005, p. 25.

El carácter análogo del impuesto soportado es una de las cuestiones más polémicas. Conviene recordar, en tal sentido, que la Ley 36/2006, de Prevención del Fraude, ha intentado aclarar el confuso término de «impuesto extranjero idéntico o análogo, o de naturaleza idéntica o análoga».

La analogía del impuesto exigido en el Estado de la fuente ha sido siempre una cuestión problemática. El principal elemento de duda ha sido si esa analogía se podía predicar de impuestos sobre la renta de base territorial, como los que se exigían (y, en algunos casos todavía se exigen) en países de Latinoamérica, como Uruguay (antes de la reforma que entró en vigor el 1 de julio de 2007), Guatemala (hasta la reforma del Impuesto a la Renta que entró en vigor el 1 de enero de 2009) o Costa Rica (hasta la actual reforma que introduce una territorialidad limitada). La existencia de ese impuesto análogo conjura la calificación como paraíso fiscal y permite la aplicación de la deducción por doble imposición. Pero se trata de un simple dato para configurar la no aplicación de una exención por doble imposición jurídica internacional, no un elemento definidor de la condición de paraíso. Conviene recordar, como dijimos, que a partir de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, para períodos iniciados a partir del 1 de enero de 2004 se considera cumplido el requisito del gravamen en el extranjero sin que quepa prueba en contrario, cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga un Convenio de Doble Imposición que contenga cláusula de intercambio de información. De manera que se vincula la existencia de un impuesto «de naturaleza idéntica o análoga» a la ausencia de un convenio de doble imposición con cláusula de intercambio de información; la existencia de este medio de intercambio de información obliga a la Administración, en caso de discrepancia con la autoliquidación presentada por el sujeto pasivo, a probar que el impuesto a que está sujeta la filial en el extranjero no tiene naturaleza *idéntica o análoga*.

Si la presencia, en un instrumento convencional, de mecanismos de información presupone la existencia de impuesto análogo porque disipa la duda acerca de la existencia de un paraíso o de un área de baja tributación, no tiene sentido introducir términos nuevos, como lo ha hecho en España la Ley 36/2006, de Prevención del Fraude, con el concepto de

«área de nula tributación» para, a continuación, vincularlo a la existencia de un impuesto análogo.

#### 4.4. Tratamiento de la distribución de beneficios por la ETVE

Si bien el régimen fiscal de las rentas percibidas por la ETVE derivada de la posesión de acciones y participaciones de sociedades no residentes es un régimen notablemente beneficioso, que gira en torno a la exención de los dividendos y rentas derivadas de plusvalías, el régimen ventajoso de las ETVE'S depende de otras cuestiones. Sobre todo, de la posibilidad de repatriar dividendos a los accionistas de la ETVE, personas físicas o jurídicas, sin que la fiscalidad sea algo que lo impida o dificulte.

En este sentido, cuando el perceptor sea una persona física o jurídica no residente en territorio español, sin establecimiento permanente en el mismo, el beneficio distribuido no se entenderá obtenido en territorio español, por lo que el legislador presume que la renta obtenida por el no residente fluye a través de la ETVE sin conexión con España<sup>30</sup>. En conclusión, no se somete a gravamen el reparto de dividendos a favor de sujetos residentes fuera de la Unión Europea. Cuando la filial o sociedad participada reside en otro Estado de la Unión Europea, la no aplicación de gravamen en la fuente, sería, en principio, consecuencia de lo establecido en la Directiva matriz-filial, 90/435/CEE de 23 de julio, modificada por la Directiva 2003/123/CE; el régimen de neutralidad propugnado determina la exención de cualquier retención en la fuente de los dividendos distribuidos por las sociedades filiales residentes en territorio español a sus sociedades matrices residentes en otros Estados miembros de la Unión Europea o a los establecimientos permanentes de estas últimas situados en otros Estados miembros. Pero el requisito de que ambas sociedades estén sujetas y no exentas a alguno de los tributos que gravan los beneficios de las entidades jurídicas en los Estados miembros de la Unión Europea, puede modificar esta conclusión respecto a las ETVE's que, como es sabido, se caracterizan por la exención de los dividendos percibidos.

<sup>30</sup> A. MARTIN JIMENEZ, "Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros como instrumento de planificación fiscal", *op. cit.*, p. 96.

En el caso de que lo que se distribuya sea la prima de emisión, tal distribución tendrá el tratamiento señalado para la distribución de beneficios, y se entenderá que el primer beneficio distribuido procede de esas rentas exentas. Esta calificación debe ser criticada ya que la distribución de la prima constituye la entrega de fondos que no se nutren de beneficios no distribuidos, no tiene sentido catalogarlos como rendimientos procedentes del capital. La percepción de la prima, por acuerdo de la Junta General, supone para el accionista la obtención de una ganancia extraordinaria<sup>31</sup>.

Además tampoco se entenderá obtenida en territorio español, siempre que el receptor no resida en un país o territorio calificado como paraíso fiscal, la renta derivada de la transmisión de participaciones de la ETVE, o en los supuestos de separación del socio o liquidación de la entidad, que se corresponda con las reservas dotadas con cargo a las rentas exentas a que se refiere el artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que disciplina el método de exención para corregir la doble imposición internacional. El resto de las rentas tributarán con arreglo a la normativa general.

En el caso de que el socio resida en territorio español, si éste es una persona física, sujeto pasivo del IRPF, el beneficio distribuido no dará derecho a la deducción por doble imposición de dividendos, «si bien la persona física podrá aplicar la deducción por doble imposición internacional», respecto de los impuestos pagados en el extranjero correspondientes a las rentas que hayan contribuido a la formación del beneficio<sup>32</sup>. Si el socio residente es una entidad sujeta al Impuesto sobre Sociedades, los dividendos y demás rentas se integrarán en su base imponible del Impuesto sobre Sociedades, sin deducción por doble imposición interna,

---

<sup>31</sup> Vid. al respecto, la clasificación clásica de F. SAINZ DE BUJANDA, “La prima de emisión de acciones. Estudio jurídico mercantil y fiscal”, en *Revista General del Derecho*, n. 1, 1945, p. 490. Vid. también, R. ALONSO SOTO, “La reserva por prima de emisión de acciones”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Edersa, Madrid, 1981, p. 27.

<sup>32</sup> J.A., RODRIGUEZ ONDARZA y J.J. RUBIO GUERRERO, “Comentarios al Régimen Fiscal de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros”, *op. cit.*, p. 67.

aunque sí cabría la posibilidad de aplicar la deducción por doble imposición internacional, tanto jurídica como económica, en los términos expuestos con anterioridad.

### **5. Otras ventajas fiscales: deducción de intereses en la adquisición de las participaciones, fondo de comercio financiero y corrección de la depreciación**

Aunque el núcleo del interés que suscita el régimen de las ETVE's radica en la exención tanto del dividendo percibido como de las plusvalías obtenidas por la transmisión de las participaciones, así como la inexistencia de impuesto alguno en la fuente que grave la repatriación de dividendos, existen otras ventajas adicionales que hacen este régimen muy interesante, especialmente para operadores latinoamericanos que quieran invertir en Europa, tomando a España como punto de referencia territorial.

En primer lugar, el régimen permite la plena deducción del coste financiero de la adquisición de la cartera, esto es, los intereses concertados para tal adquisición. Aunque la importancia comparativa de esta ventaja ha disminuido si tenemos en cuenta el contenido de la sentencia *Bosal Holding* del TJCE, de 18 de septiembre de 2003 (As. C-168/01), puesto que a partir de la misma parece que países con regímenes preferenciales de sociedades exentas semejantes a las ETVE's, como Holanda, tendrán que permitir la deducción del coste financiero de la cartera, no deja de ser un atractivo fiscal más<sup>33</sup>.

En segundo lugar, en la medida en que la ETVE se constituye para ser titular de acciones y participaciones de entidades no residentes, tal adquisición gozará de la ventaja de la deducibilidad del fondo de comercio financiero, contemplada en el artículo 12,5 del TR de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto-Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, en redacción introducida por la Ley 24/2001, de

---

<sup>33</sup> J. ALMUDI CID, "STJCE 18.9.2003, *Bosal Holding BV*, As.C-168/01: Deducibilidad de los costes financieros soportados por una sociedad matriz vinculados con su participación en el capital de filiales establecidas en otros Estados miembros", *Publicaciones IEF*, 2003, p. 7.

27 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y de orden social. Según esta redacción: «cuando se adquieran valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en territorio español, cuyas rentas puedan acogerse a la exención establecida en el artículo 20 bis de esta Ley (actual artículo 21), el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico contable a la fecha de adquisición se imputará a los bienes y derechos de la entidad no residente en territorio español, de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas, y la parte de la diferencia que no hubiera sido imputada será deducible de la base imponible, con el límite anual máximo de la veinteva parte de su importe, salvo que se hubiese incluido en la base de la deducción del artículo 34 de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido con la normativa contable de aplicación».

La DGT, en respuesta a Consulta nº V0379-05, de fecha 9 de marzo de 2005, entendió por fondo de comercio financiero «la diferencia entre el precio pagado por la adquisición de acciones o participaciones de una empresa y su valor neto contable». Esta diferencia puede tener, básicamente, dos componentes, a saber, las plusvalías tácitas y, en su caso, un verdadero fondo de comercio. Con carácter general, se identifica al fondo de comercio financiero con la diferencia que no sea imputable a plusvalías tácitas de los bienes y derechos identificables en la entidad adquirida<sup>34</sup>. Desde el punto de vista contable, la NIC 22 y la NIIF 3, señalan que el fondo de comercio se reconoce inicialmente por la diferencia entre el coste y el valor razonable de los activos<sup>35</sup>.

El fondo de comercio financiero se cuantifica, según el artículo 12.5, como la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y

---

<sup>34</sup> M. VILLAR EZCURRA, “La amortización del fondo de comercio financiero en España y su problemática jurídico-comunitaria ¿un nuevo caso de ayuda de Estado?, *Revista Española de Contabilidad y Tributación*, CEF, n. 3, 2008, p. 84.

<sup>35</sup> L. CAÑIBANO CALVO y A. GISBERT CLEMENTE, “Los intangibles en las Normas Internacionales de Información Financiera”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 259-260, 2006, p. 5.

su *patrimonio neto* (*valor teórico contable*, antes de la reforma operada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable). Esta diferencia se imputa, en primer lugar, a los bienes y derechos de la entidad no residente en territorio español de acuerdo con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815/1991 de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas anuales consolidadas. La parte de la diferencia que no hubiera sido imputada será deducible de la base imponible. Es requisito para que pueda aplicarse esta ventaja fiscal que las rentas procedentes de dichas participaciones puedan acogerse a la exención para evitar la doble imposición internacional recogida en el artículo 21 del TRLIS; método voluntario previsto para enjugar la doble imposición cuando los beneficios que se reparten o en los que se participa procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero.

Además, esta ventaja fiscal es compatible con la deducción de la pérdida por deterioro de la cartera o provisión de cartera, prevista en el artículo 12,3 del propio TRLIS, la cual, recordemos, no puede exceder en su cuantía de la diferencia entre los valores teóricos contables de la empresa participada al inicio y al final del período impositivo. Ello pone de manifiesto que uno de los fines de esta medida fiscal es evitar las limitaciones impuestas por el artículo 12,3 de la Ley española del Impuesto sobre Sociedades a la deducibilidad mediante la diferencia de valores teóricos inicial y final de la participación.

Esta posibilidad de amortizar el fondo de comercio en la adquisición de empresas no residentes ha recibido recientemente críticas de la Unión Europea, quien entiende que constituye una ayuda de Estado<sup>36</sup>. Se trata,

---

<sup>36</sup> La Comisión europea ha abierto una investigación contra España sobre este asunto, remitiendo una carta cuyo resumen aparece publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2007, y en la que se comunica la decisión de la Comisión de incoar un procedimiento de investigación en relación con la norma fiscal española que permite, en determinadas circunstancias, que los contribuyentes españoles del Impuesto sobre Sociedades puedan amortizar a efectos fiscales el denominado fondo de comercio financiero en determinadas inversiones. El argumento fundamental es que parece que nos encontramos ante una ayuda de Estado selectiva, basándose la selectividad en que se trataría de un beneficio que se aplica sólo en la

en realidad, de un incentivo autónomo que pretende fomentar las inversiones en el exterior, cuya calificación como ayuda de estado hay que poner en tela de juicio. Y ello, porque no se trata de una ayuda selectiva, ya que, como señala CALVO VERGEZ, la norma cuestionada se limita a disciplinar una corrección valorativa en el ámbito del Derecho interno; no hay ninguna excepcionalidad en la misma porque la medida no resulta ajena a la estructura del Impuesto sobre Sociedades<sup>37</sup>.

Por lo demás, no estamos ante una beneficio fiscal que genere una corrección valorativa definitiva. Por el contrario se debe defender que la previsión del artículo 12,5 del TRLIS incluye, no un beneficio fiscal en sentido estricto, sino una mera corrección por pérdida de valor de los elementos patrimoniales. Por ello sería una simple ventaja temporal. Y ello porque se encontraría disciplinada en un apartado de un artículo, el 12 del TRLIS, que la norma reguladora del Impuesto sobre Sociedades dedica a las correcciones valorativas y que recoge distintas limitaciones fiscales a la normativa contable. Si esta es el verdadero contenido del artículo 12 del TRLIS, su apartado 5 debe ser tratado como una corrección más, sin ninguna especialidad distinta de las expresamente previstas por el legislador. Si es una diferencia temporal (o *temporaria* en la terminología de las NIC,s) estaríamos ante un mero instrumento para el diferimiento de impuestos.

Consecuencia de ello es que nos encontraríamos ante una corrección temporal, cuya nota distintiva sería reversión fiscal de la corrección practicada. Se trataría de una diferencia temporal que revertiría en el instante en que la acción o participación fuese objeto de enajenación.

En esta tesitura, y ante la existencia de dudas sobre la naturaleza de este precepto, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), solicitó de la DGT una interpretación del referido artículo 12.5, para disipar las discrepancias surgidas a la luz de las interpretaciones antes

---

adquisición de entidades no residentes. En cualquier caso, la cuestión es la posible catalogación de este tratamiento fiscal como ayuda de Estado.

<sup>37</sup> J. CALVO VERGEZ, “En torno a la pretendida calificación por la Comisión Europea del Fondo de Comercio Financiero de entidades no residentes regulado en el art. 12.5 del TRLIS como ayuda de Estado”, *Quincena Fiscal*, n. 8, 2008, p. 30.

expuestas<sup>38</sup>. En concreto, la CNMV requirió la aclaración de las discrepancias que giraban sobre la consideración de la deducción citada como un mero diferimiento temporal (necesidad de reversión de las deducciones practicadas) o bien como un incentivo definitivo (que por lo tanto no afectaba al valor fiscal de las participaciones adquiridas).

La CNMV fundaba esta consulta en la necesidad de aclarar esta disyuntiva, pues si se trata de una diferencia temporal, el efecto contable neto en la cuenta de resultados de la compañía española sería nulo, mientras que si se tratase de una diferencia permanente o, simplemente, de un beneficio fiscal, la cuenta de resultados de la sociedad española adquirente se vería incrementada en el importe total de la amortización del fondo de comercio financiero incorporado en los valores adquiridos. Pero sería una simple incidencia contable; fiscalmente esta amortización no afectaría al valor de la participación adquirida. No habría, por tanto, una «futura mayor cuota del Impuesto de Sociedades», por lo que no concurriría ningún *impuesto diferido*.

La DGT respondió emitiendo el Informe de 17 de marzo de 2006. El Centro Directivo toma como presupuesto el encuadre del precepto en el artículo 12 del la Ley del Impuesto dedicado a las correcciones de valor, para, a continuación, señalar que dicho artículo establece dos tipos de correcciones, a saber, (i) la del fondo de comercio financiero —apartado 5— independiente de la contabilidad y (ii) todas las demás limitaciones fiscales a las dotaciones a provisiones contables, —apartados 1, 2, 3 y 4—. En función de ello, el Centro Directivo entiende que el apartado 5 del artículo 12, al tener la consideración de corrección valorativa a efectos fiscales, debe ser objeto de un tratamiento análogo al de las restantes correcciones valorativas establecidas en el referido artículo 12. Es decir, debe considerarse como un ajuste fiscal al resultado contable, que afecta al valor fiscal de la participación que se transmite. Por ello, origina una diferencia temporal y que, como tal, habrá de revertir en un momento futuro<sup>39</sup>, que no será otro que en el instante en que se transmi-

<sup>38</sup> P. ULECIA RUBIO, “Consideración de la amortización del fondo de comercio financiero del art. 12,5 LIS como diferencia temporal”, *Foro de Actualidad Uría*, 2007, p. 80.

<sup>39</sup> P. ULECIA RUBIO, “Consideración de la amortización del fondo de comercio financiero del art. 12,5 LIS como diferencia temporal”, *op. cit.*, p. 81.

ta la participación. En ese momento, revertirá fiscalmente la deducción practicada en el momento en que la participación es transmitida y estará sujeta al impuesto la parte de renta que coincida con la deducción fiscal practicada en lugar de estar exenta la totalidad de la renta generada en la transmisión. O, lo que es lo mismo, en el momento en que la participación es transmitida se integrará en la base imponible el importe de las deducciones o correcciones practicadas en aplicación del artículo 12.5 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Con base en el criterio de la DGT, la deducción del fondo de comercio financiero se configura como una diferencia temporal, que habrá de revertir en un momento futuro, y que se recuperará mediante un ajuste negativo cuando se transmita la participación. El ajuste negativo será de igual importe al ajuste positivo que el sujeto pasivo haya realizado como consecuencia de la amortización del fondo de comercio<sup>40</sup>. Así, nos encontramos ante un mero diferimiento temporal del pago del Impuesto sobre Sociedades, pago que deberá materializarse en el momento en que la participación cuya adquisición generó el fondo de comercio sea transmitida. Ello es un principio general, que la DGT viene aplicando incluso respecto a filiales adquiridas en la fusión con una no residente (aunque sobre esta cuestión la Administración cambió de criterio recientemente). En la respuesta a Consulta de 10 de noviembre de 2006, se establecía el carácter temporal de la deducción y la necesidad de que la misma revierta cuando se transmitan las participaciones en las filiales.

Por último, hay que referirse al régimen para la corrección de la depreciación de cartera. En el régimen de las ETVEs se excluye la posibilidad de deducir en la base imponible de la entidad el importe de la depreciación de la participación derivada de la distribución de los beneficios, cualquiera que sea la forma y el período impositivo en que dicha depreciación se ponga de manifiesto, hasta el importe de los dividendos. Esto es; si la ETVE ha aplicado la exención a los dividendos procedentes de la filial no residente, no podrá integrar en la base imponible la depreciación

---

<sup>40</sup> M. VILLAR EZCURRA, “La amortización del fondo de comercio financiero en España y su problemática jurídico-comunitaria ¿un nuevo caso de ayuda de Estado?, *op. cit.*, p. 84.

de la participación. Y, además, conviene recordar que, con carácter general, la norma española prevé que el valor de la renta exenta no puede verse aumentado por una corrección de valor de la participación y por eso se establece que si se ha efectuado alguna corrección de valor sobre la participación transmitida que hubiera sido fiscalmente deducible, la exención se limitará al exceso de la renta obtenida en la transmisión sobre el importe de dicha corrección. Ahora bien, esta previsión no debe entenderse aplicable respecto a la amortización del fondo de comercio financiero, como parece entender la Administración española. Téngase en cuenta que, para la DGT, en su Resolución de 4 de octubre de 2002, la amortización del fondo de comercio financiero del art. 12,5 TRLIS no está condicionada a la imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias<sup>41</sup>.

Obviamente, esta restricción al posible cómputo de la depreciación ha de entenderse en sus justos términos: limitada a la pérdida de valor que tenga como causa exclusiva la pérdida de beneficios. Al margen de la dificultad de concretar cuándo la pérdida se debe en exclusiva a la distribución de beneficios, lo cierto es que esta limitación permite reconocer que en el caso de pérdidas de valor de las participaciones motivadas por pérdidas *generales* de las entidades participadas, la depreciación será deducible si cumplen los requisitos generales del artículo 12 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades<sup>42</sup>. De no reconocerse la posibilidad de compensar vía depreciación la pérdida de valor de la participación, la ETVE podría intentar la compensación en su base imponible de las pérdidas sociedades filiales que realicen actividades económicas y que residan en otros países de la Unión Europea, en aplicación de lo preceptuado por la sentencia *Marks & Spencer* de 13 de diciembre de 2005 (As. C-446/03) y siempre y cuando tales pérdidas no puedan deducirse en el estado de residencia de la filial.

---

<sup>41</sup> A. MARTIN JIMENEZ, "Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros como instrumento de planificación fiscal", *op. cit.*, p. 93.

<sup>42</sup> Resolución de la DGT de 27 de diciembre de 1996.

## 6. Breve referencia al régimen de las ETVE en el IVA

Queda, por último, referirnos al tratamiento fiscal de las ETVE en el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA). En este sentido, la sentencia *Polysar* de 20 de junio de 2001 se plantea el carácter empresarial de la prestación de servicios de asistencia a las filiales. *Polysar* analiza si las actividades de una *holding* están o no sujetas a IVA, al cuestionarse si constituyen o no *actividad económica*, que es lo que determina la sujeción al IVA en los términos del art. 4,2 de la Directiva 77/388/CEE, conocida como Sexta Directiva, que ha sido objeto de refundición por la Directiva 2006/112/CE, de 28 de noviembre. Como ha señalado el TJCE “a este respecto, del artículo 2 de la Sexta Directiva, que define el ámbito de aplicación del IVA, se desprende que sólo están sujetas a este impuesto las actividades de carácter económico. A tenor del apartado 1 del artículo 4, se considera sujeto pasivo quien realice con carácter independiente alguna de tales actividades económicas. El concepto de «actividades económicas» se define en el apartado 2 del artículo 4 como comprensivo de todas las actividades de fabricación, comercio o prestación de servicios y, en especial, de las operaciones que implican la explotación de un bien material o inmaterial con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo. Finalmente, del número 1 del artículo 2 de la Sexta Directiva, resulta que el sujeto pasivo debe actuar *como tal* para que una operación pueda estar sujeta al Impuesto sobre el Valor Añadido (sentencias del TJCE 11 de julio de 1996 —As. C-306/94— y 26 de mayo de 2005 —As. C-465/2003—).

En esta sentencia, *Polysar* de 20 de junio de 2001, se suscita el carácter empresarial de la prestación de servicios de asistencia a las filiales. En esta resolución y en otras posteriores como la *Floridienne*, el TJCE concluye que no pueden considerarse actividad económica la mera percepción de dividendos, puesto que percibir dividendos depende de la condición de partícipe, no de la de empresario o profesional. Pero sí son actividades sujetas los servicios de gestión que una *holding* presta a las sociedades participadas. Y también estarán sujetos al IVA los préstamos concedidos por la *holding* a las participadas en la medida en que puedan catalogarse como una actividad económica. Esto es, para que esta actividad de préstamo se considere explotación de capital con el fin de

obtener ingresos continuados en el tiempo, es necesario que la misma no se realice a título ocasional «y que no se limite a la gestión de una cartera de inversiones» (sentencia *Floridienne*, de 14 de noviembre de 2000, As. C-142/99).

Ello supone que no será plenamente deducible el IVA soportado en las actividades de la *holding*, teniendo en cuenta la existencia de una parte de actividades no sujetas a IVA por no constituir actividad económica. Ello supondrá la aplicación de la denominada regla de prorrata para determinar el porcentaje de IVA deducible, como se desprende de sentencias como *Cibo Participations* de 27 de septiembre de 2001. En dicha prorrata no se incluirá la percepción de dividendos (en tal sentido se pronunció el TJCE en sentencia 29 de abril de 2004), por derivar de la condición de partícipe y no de empresario o profesional.

## 7. Conclusiones

Como se puede observar de las líneas anteriores, el régimen de las ETVE's sigue constituyendo un instrumento ventajoso para utilizar a España como plataforma de inversión por parte de operadores económicos, en especial los residentes en países no miembros de la Unión Europea. España cuenta con una amplia red de Convenios de Doble Imposición y es miembro de la Unión Europea, por lo que la posibilidad de invertir en España a través de una holding es una opción de planificación fiscal muy atractiva. La constitución de este tipo de sociedades en España, es sencillo, no supone un gran coste económico, tiene un mantenimiento y una gestión muy básica. Y a pesar de alguna objeción fiscal (el IVA soportado no es plenamente deducible) es una excelente opción tributaria.

## 8. Bibliografía

- ALONSO SOTO, R., "La reserva por prima de emisión de acciones", *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*, Edersa, Madrid, 1981.
- ALMUDI CID, J., "STJCE 18.9.2003, *Bosal Holding BV*, As.C-168/01: Deducibilidad de los costes financieros soportados por una sociedad matriz vinculados con su participación en el capital de filiales establecidas en otros Estados miembros", *Publicaciones IEF*, 2003.

- BARRENECHEA ELORRIETA, S. y SOTO RODRIGUEZ, L., “Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros”, *Impuestos*, n. 18, 1998.
- BROSETA PONT, M., “Régimen de los préstamos participativos (el art. 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización)”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 14, 1984.
- CALVO VERGEZ, J., “En torno a la pretendida calificación por la Comisión Europea del Fondo de Comercio Financiero de entidades no residentes regulado en el art. 12.5 del TRLIS como ayuda de Estado”, *Quincena Fiscal*, n. 8, 2008.
- CAÑIBANO CALVO, L. y GISBERT CLEMENTE, A., “Los intangibles en las Normas Internacionales de Información Financiera”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 259-260, 2006.
- DURAN SINDREU BUXADE, A., “El art. 110, 2 de la Ley 43/1995: análisis y propuesta de reforma”, *Revista de Técnica Tributaria*, n. 55, 2001.
- GARCÍA-OLÍAS JIMÉNEZ, C., “Situación actual de la fiscalidad en el pago de dividendos, intereses y cánones tras la adhesión de los nuevos Estados miembros a la Unión Europea. Especial referencia a los casos de Malta y Chipre”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, n. 10, 2005.
- GARCIA VILLAVARDE, R., “Créditos participativos”, *Contratos Bancarios*, Varios Autores, Civitas, Madrid, 1992.
- GRADO, J. y MORILLA, B., “Regímenes Tributarios Europeos de entidades *holding* y su comparación con el régimen de la ETVE de la Ley 43/1995”, *Impuestos*, n. 18, 1998.
- LOPEZ RIBAS, S., “Tributación de la Sociedad de Tenencia de Valores Extranjera y sus socios”, *Instituto de Estudios Fiscales*, Documento n. 12/01, Madrid.
- LUCAS DURAN, M., “La sentencia del TJCE *Denkavit et al.*, de 17 de octubre de 1996, y sus repercusiones en el Derecho Tributario español”, *Quincena Fiscal*, n. 22, 1997.
- MARTIN JIMENEZ, A., “Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros como instrumento de planificación fiscal”, *Revista de Técnica Tributaria*, n. 67, octubre-diciembre, 2004.
- MARTIN JIMENEZ, A. y CALDERON CARRERO, J.M., “Las normas antiparáiso fiscal españolas y su compatibilidad con el derecho comunitario: el

- caso específico de Malta y Chipre tras la adhesión a la Unión Europea”, *Instituto de Estudios Fiscales*, documento n. 11, 2004.
- RODRIGUEZ ONDARZA, J.A. y RUBIO GUERRERO, J.J., “Comentarios al Régimen Fiscal de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros”, *Revista de Técnica Tributaria*, n. 50, julio-septiembre, 2000.
- ROSSI, P., “Paradisi fiscali e bancarie. Le strategie di contrasto agli abusi nell’Unione Europea”, *Il Fisco*, EIT, n. 2, 1998.
- SAINZ DE BUJANDA, F., “La prima de emisión de acciones. Estudio jurídico mercantil y fiscal”, *Revista General del Derecho*, n. 1, 1945.
- SANZ GADEA, E., “El régimen especial de transparencia fiscal internacional”, *Working Papers*, IEE, Banco Pastor-Fundación Barrié, A Coruña, 2000.
- “El régimen fiscal de las entidades de tenencia de valores extranjeros en la Ley 6/2000”, *Tribuna Fiscal*, n. 130-131.
- SOUSA SANTOS AGUIAR, N.T., “La fiscalidad de los beneficios societarios y de los capitales en la Unión Europea”, *Revista del Centro de Estudios Financieros*, n. 262, 2005.
- VEGA BORREGO, F.A., *Las medidas contra el treaty shopping*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.
- VILLAR EZCURRA, M., “La amortización del fondo de comercio financiero en España y su problemática jurídico-comunitaria ¿un nuevo caso de ayuda de Estado?”, *Revista Española de Contabilidad y Tributación*, CEF, n. 3, 2008.
- ULECIA RUBIO, P., “Consideración de la amortización del fondo de comercio financiero del art. 12,5 LIS como diferencia temporal”, *Foro de Actualidad Uría*, 2007.
- VOGEL, K., *Double Taxation Conventions*, Ed Kluwer, 3º ed., 1997.