# CAMBIOS EN EL RÉGIMEN FISCAL FRANCÉS DE MATRIZ Y FILIALES: CONTROL ANTI ABUSO REFORZADO Y ADECUACIÓN AL DERECHO Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIOS

Felipe SÁEZ

Socio de Honor de la CÁMARA OFICIAL DE COMERCIO DE ESPAÑA EN FRANCIA - COCEF

La Ley 2015-1786, rectificativa de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2015, ha introducido modificaciones en las condiciones requeridas para que los dividendos distribuidos entre matrices y filiales gocen de exención tributaria. Algunas de esas modificaciones endurecen las condiciones de exención, mientras que otras las flexibilizan.

Pero la línea general de esa reforma obedece a las pautas marcadas por la O.C.D.E. así como por las normas y jurisprudencia comunitarias, en el sentido de un mayor rigor encaminado a combatir el aprovechamiento indebido de los textos legales para eludir o minorar las imposiciones tributarias.

Estos cambios en la normativa fiscal matriz-filiales no dejan de afectar las empresas españolas con filiales o establecimientos estables en Francia.

#### 1 - Cláusula anti abuso

La modificación más importante es la introducción, en el art. 119 ter.3 del C.G.I. (Código General de Impuestos), de una cláusula anti abuso según el modelo señalado por la Directiva comunitaria 2015/121 UE del 27 de enero de 2015.

Hasta ahora, el mencionado art. 119 *ter*.3 excluía del régimen de exención los dividendos percibidos por una sociedad matriz controlada directa o indirectamente por uno o varios residentes de Estados no miembros de la Unión europea, salvo si dicha sociedad matriz demostraba que esa cadena de participaciones no tenía como principal objetivo, o como uno de sus principales objetivos, la exención de la retención en origen. Además, conforme al primer apartado del párrafo 2 de dicho art. 119 *ter*, la sociedad matriz debe también acreditar al pagador que es la beneficiaria efectiva de los dividendos.

Sin embargo, en su exposición de motivos, la mencionada Directiva se refiere a las disposiciones nacionales anti abuso de los Estados miembros, matizando que "... en cualquier caso, están previstas para hacerse eco de las características específicas del particular régimen fiscal de cada Estado miembro...". Así, la anterior redacción del art. 119 ter del C.G.I. buscaba prevenir principalmente aquellos montajes consistentes en la interposición de sociedades en la Unión europea como destinatarias aparentes de los dividendos exentos cuando los beneficiarios efectivos de dichos dividendos exentos son aquellos socios no residentes en la Unión europea que controlan esas sociedades.

De lo cual deduce la utilidad de incluir en la Directiva 2011/96 del 30 de noviembre de 2011 -que regula las condiciones de exención de los dividendos satisfechos por filiales a sus matrices- una "norma común mínima contra las prácticas abusivas". Esa norma es la que ha sido incluida en el C.G.I, cumpliendo la obligatoriedad de su transposición antes del 31 de diciembre de 2015 impuesta por la Directiva 2015/121.

Por consiguiente, a tenor del art. 29 de la Ley, la nueva redacción del art. 119 ter.3 del C.G.I. incluye la siguiente cláusula: "[La exención] no se aplica a aquellos dividendos distribuidos en el marco de un montaje o de una serie de montajes que, al haber sido creados para obtener, como objetivo principal o como uno de los objetivos principales, una ventaja tributaria contraria al objetivo o a la finalidad de dicha exención, no es auténtico habida cuenta del conjunto de hechos y circunstancias pertinentes. 

# Un montaje puede incluir varias etapas o partes. # A efectos de la aplicación del presente 3, un montaje o una serie de montajes no es considerado auténtico en la medida en que ese montaje o esa serie de montajes no han sido creados por motivos comerciales válidos que reflejen la realidad económica.".

Cabe observar el predominio de los criterios subjetivos (intención del contribuyente contrapuesta a la del autor o autores de la norma tributaria, validez de los motivos comerciales que han inspirado el montaje o la serie de montajes), lo cual no facilita la aplicación de la cláusula. Asimismo, al contemplar también el caso de que el objetivo fiscal no sea sino uno de los demás objetivos del contribuyente, la cláusula dificulta entonces, en esa eventualidad, el recurso al procedimiento represivo de abuso de derecho previsto por el art. L.64 del L.P.F. (Libro de Procedimientos Fiscales), ya que dicho artículo se refiere a un objetivo exclusivamente fiscal.

Pero además, esta medida anti abuso adolece de falta de precisión pues no define en qué consiste la validez de un motivo comercial sino en tanto que refleje la realidad económica, cuyo concepto tampoco aclara. Esa imprecisión puede dar pie a la Administración tributaria para inmiscuirse en la gestión de las empresas, al efecto de valorar la pertinencia económica de las

operaciones que cuestiona. En esa misma línea, un informe preparatorio del Senado antes de la aprobación de esta Ley señalaba que la cláusula sería de difícil e incierta aplicación por los juristas de empresa, la Administración tributaria, y los tribunales a los que se sometan litigios referentes a su interpretación.

No obstante, a ese respecto, el ponente de la Ley en nombre del Gobierno ha aclarado que procede definir la validez de los motivos comerciales mediante una comparación entre la ventaja tributaria obtenida de un montaje y las demás ventajas derivadas del mismo: si estas últimas ventajas predominan, el montaje tiene la consideración de auténtico. Y en cuanto a que los motivos comerciales reflejen la realidad económica, se entiende que es así cuando se desprende de elementos objetivos y comprobables que la creación de la filial corresponde a una realidad económica plasmada en el grado de existencia física que materializan locales, personal y equipamientos suficientes para ejercer su actividad, o sea una implantación real cuyo objeto es el desempeño efectivo de actividades económicas en el Estado miembro que la acoge.

Es de esperar que esas indicaciones contribuyan a limitar, lo más posible, cuestionamientos arbitrarios de operaciones por parte del fisco.

Estas disposiciones surten efecto en los ejercicios abiertos a partir del 1º de enero de 2016.

Algunas de las demás modificaciones corresponden a adecuaciones del régimen francés matriz-filiales con las normas y jurisprudencia europeas al respecto, y otras no.

#### 2 – Cómputo de los títulos detentados en nuda propiedad para determinar el nivel de participación

Según la doctrina administrativa vigente hasta la fecha, la exención tributaria no era aplicable cuando los derechos vinculados a los títulos de participación se hallan repartidos entre el *nudo propietario* y un *usufructuario*. En efecto, el artículo 54 del anexo II al C.G.I. preceptuaba que, para beneficiar de la exención, las sociedades matrices debían detentar durante 2 años como mínimo la *plena propiedad* de los títulos de participación, y el art. 119 *ter*, 2c del C.G.I. se refería a detención *directa* de esos títulos.

Por su parte, la jurisprudencia comunitaria (decisión del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, del 22/12/2008) había confirmado la doctrina administrativa negando la exención tributaria a los dividendos percibidos por el *usufructuario* de títulos de participación, por considerar que el concepto de "participación en el capital" no abarca la tenencia de títulos en *usufructo*. Pero, en cambio, ha cuestionado esa misma doctrina, al afirmar que la tenencia de títulos en *nuda propiedad* cumple el criterio de "participación en el capital" y que la sociedad tenedora debe ser considerada como una "sociedad matriz", a los efectos de aplicación de la Directiva 90/435 CEE (sustituida posteriormente por la Directiva 2011/121 UE). Desde hace tiempo, la jurisprudencia francesa venía coincidiendo sobre ese punto con la jurisprudencia comunitaria.

Consecuentemente, la Ley, en su art. 29, ha modificado el artículo 119 ter.2c, indicando en este último que, al objeto de evaluar si la sociedad matriz detenta el porcentaje mínimo requerido de participación en el capital, se toman en cuenta los títulos de participación detentados tanto en plena como en nuda propiedad. Curiosamente, no ha variado a ese respecto el contenido del art. 54 del Anexo II al C.G.I.

Estas modificaciones surten efecto para los ejercicios cerrados a partir del 31 de diciembre de 2015.

#### 3 – Extensión del régimen matriz-filiales y exención tributaria de dividendos a sociedades ubicadas en el E.E.E.

Otra modificación introducida por el art. 29 de la Ley consiste en la extensión del régimen de exención tributaria a las sociedades matrices con domicilio en el E.E.E. (Espacio Económico Europeo), esto es, en Islandia, Noruega y Liechtenstein, así como a los establecimientos estables de dichas sociedades en los mencionados países. Esa extensión ya venía recogida en la doctrina administrativa referente a la exención de dividendos, pero no en la doctrina referente a la exención de los beneficios obtenidos en Francia por las sociedades extranjeras domiciliadas en la Unión Europea

Asimismo el mencionado art. 29 de la Ley confirma y legaliza la doctrina administrativa vigente, según la cual los dividendos inherentes a una participación mínima de 5 % (en lugar del mínimo normal de 10 %) detentada por una sociedad matriz, con domicilio en la Unión Europea (o en el Espacio Económico Europeo, en virtud de la extensión antes mencionada), están exentos de retención en origen, cuando dicha sociedad no tiene posibilidad de imputar esa retención en el impuesto a que está sujeta en su Estado de residencia. La doctrina francesa venía conformándose a la jurisprudencia comunitaria enunciada en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, el 14 de diciembre de 2006, manifestando que constituye una traba injustificada a la libertad de establecimiento una norma nacional que trata fiscalmente de modo distinto los dividendos distribuidos por una filial según esté domiciliada la sociedad matriz en el Estado de la filial o en otro Estado miembro de la Unión

Europea. En el caso contemplado por esa sentencia, los dividendos pagados por una filial francesa a su matriz holandesa habían soportado sobre su totalidad una retención en origen mientras que, si hubieran sido pagados a una matriz francesa con el mismo nivel de participación, habrían tributado únicamente sobre 5 % del total de dividendos en concepto de cuota de gastos y cargas.

Los artículos 115 quinquies (beneficios obtenidos en Francia por sociedades extranjeras) y 119 ter (exención de dividendos pagados a sociedades con domicilio en la Unión Europea o en el Espacio Económico Europeo) quedan, por consiguiente, completados en ese sentido. Las modificaciones surten efecto para los ejercicios cerrados a partir del 31 de diciembre de 2015.

#### 4 - Supresión de la neutralidad fiscal de las distribuciones dentro de grupos integrados fiscalmente

Un cambio importante es el que la Ley introduce en el régimen de integración fiscal de grupos de sociedades.

Hasta ahora, en virtud del art. 223 B del C.G.I., era deducible del resultado del grupo la imposición en concepto de cuota de gastos y cargas que había gravado, a tenor del régimen matriz-filiales, 5 % de los dividendos distribuidos (incluyendo los créditos fiscales por impuestos soportados) a una sociedad del grupo por su(s) participación(ones), directas así como indirectas (mediante sociedades intermedias, sociedades extranjeras, o sociedades matrices no residentes, siempre y cuando la matriz acredite que se trata de redistribuciones de dividendos procedentes de sociedades integradas), en otra(s) sociedad(es) integradas en el grupo desde más de 1 año. De lo cual resultaba una completa neutralidad impositiva sobre los dividendos distribuidos por filiales participadas, directa o indirectamente, en 95 % como mínimo. Los dividendos que percibía una sociedad integrada por sus participaciones directas o indirectas en otra sociedad del grupo y que no daban derecho al régimen matriz-filiales, beneficiaban también de una completa neutralidad impositiva al ser íntegramente deducibles del resultado del grupo. Pero, en ambos casos, esa neutralidad podía aplicarse únicamente a dividendos procedentes de filiales integradas francesas, ya que las filiales extranjeras no residentes no están incluidas en el perímetro de integración francés al no hallarse sujetas al impuesto de sociedades francés. Por lo tanto, 5 % de los dividendos procedentes de esas filiales extranjeras, dando derecho al régimen matriz-filiales, tributaba en concepto de cuota de gastos y cargas, mientras que no habrían soportado ninguna imposición si las filiales hubieran residido en Francia.

Esa diferencia de trato fue condenada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, el 2 de septiembre de 2015, como contraria a la libertad de establecimiento.

Por ello, la Ley, en su art. 40, ha modificado el art. 223 B, suprimiendo la neutralización de la imposición, en concepto de cuota de gastos y cargas, del 5 % de los dividendos distribuidos dentro de un grupo integrado por participaciones directas e indirectas a tenor del régimen matriz-filiales. No obstante, en virtud de ese mismo artículo suyo, la Ley ha modificado el art. 216, reduciendo la cuota imponible en concepto de gastos y cargas a solamente 1 % de los dividendos distribuidos (incluyendo los créditos fiscales por impuestos soportados) a sociedades miembros de un grupo, por sus participaciones, directas o indirectas, en otras sociedades integradas, así como por sus participaciones en aquellas sociedades -sujetas a un impuesto equivalente al impuesto de sociedades- residentes en la Unión Europea o en Estados del Espacio Económico Europeo que hayan concertado con Francia un convenio de asistencia administrativa para luchar contra el fraude y la evasión fiscales, y que reúnan las condiciones –salvo la de estar sujetas al impuesto de sociedades francés- para integrar fiscalmente el grupo si estuvieran ubicadas en Francia (entre dichas condiciones, la de estar participadas en un 95 % como mínimo).

Es de observar que la Ley no ha señalado ningún plazo mínimo de pertenencia al grupo integrado para beneficiar del tipo reducido de cuota de gastos y cargas. Por consiguiente, ese tipo de cuota imponible será aplicable a los dividendos distribuidos desde el primer ejercicio de pertenencia al grupo. Asimismo, será aplicable a efectos de determinar el resultado individual de la sociedad perceptora de dividendos procedentes de otra sociedad integrada y no el resultado del grupo. Por último, para la aplicación del tipo reducido, se suprime el anterior requisito de que la matriz acreditara que se trata de redistribuciones de dividendos procedentes de sociedades integradas.

La Ley no modifica el régimen de distribución de dividendos dentro de grupos a los que no se aplica la normativa matriz-filiales, siendo neutralizados dichos dividendos a efectos fiscales solamente a partir del segundo ejercicio de pertenencia al grupo. El art. 40 de la Ley es aplicable a los ejercicios abiertos a partir del 1° de enero de 2016.

Otra novedad introducida por la Ley, en su art. 82, para adecuar la normativa francesa a la comunitaria, es la exención tributaria, bajo ciertas condiciones, de las rentas distribuidas por una sociedad francesa a sociedades no residentes y que están sujetas actualmente a una retención en origen con arreglo al art. 119 bis, 2 del C.G.I. Esa adecuación viene requerida por la Comisión Europea, para subsanar una diferencia de trato contraria al principio de libre circulación de capitales. En efecto, una sociedad francesa cuyo resultado es negativo o está en situación de quiebra judicial no tributa sobre las rentas que percibe, mientras que una sociedad no residente, en las mismas circunstancias, se halla sujeta a una retención en origen sobre esas mismas rentas.

Por ello, la Ley ha modificado el C.G.I., introduciendo un nuevo art. 119 quinquies según el cual quedan exentas de retención en origen las rentas distribuidas a aquellas sociedades que, de una parte, tienen su sede de dirección efectiva en un Estado de la Unión Europea o en un Estado no miembro de esa Unión pero habiendo concertado con Francia un convenio de asistencia administrativa para luchar contra el fraude, y de otra parte están sujetas en su Estado al impuesto de sociedades. En el ejercicio de cobro de las rentas, las mencionadas sociedades deben acreditar ante el deudor o el pagador de esas rentas que reúnen cumulativamente ambos requisitos siguientes: arrojar un resultado fiscal negativo, determinado según las normas del Estado de su domicilio; y ser objeto, a la fecha de distribución de las rentas, de un procedimiento comparable al procedimiento francés de quiebra judicial señalado en el art. L.640-1 del Código de Comercio o bien, si tal procedimiento no existe en la normativa local, hallarse en situación de suspensión de pagos no siendo obviamente posible su saneamiento. La exención es aplicable también a los establecimientos estables cuando son éstos quienes perciben las rentas, siempre y cuando: el establecimiento y su sociedad se hallan situados en la Unión Europea o en un Estado cooperativo; el establecimiento arroja un resultado fiscal negativo; y la sociedad está en situación comparable a la quiebra judicial francesa (por carecer de personalidad jurídica, el establecimiento no puede incurrir por sí solo en procedimiento de liquidación judicial).

La exención se aplica a las rentas percibidas a partir del 1° de enero de 2016.

### 6 - Régimen matriz-filiales modificado para las sociedades matrices controladas por organismos sin ánimo de lucro

En su art. 36, la Ley amplía el campo de aplicación del régimen matriz-filiales, con efecto para los ejercicios cerrados a partir del 31 de diciembre de 2015.

Actualmente, según el art. 145 del C.G.I., para que los dividendos distribuidos puedan beneficiar de ese régimen, los títulos de participación deben, entre otros requisitos, representar como mínimo 5 % del capital y 5 % de los derechos de voto de la sociedad participada y haber sido detentados durante 2 años como mínimo.

Con vigencia para los ejercicios cerrados a partir del 31 de diciembre de 2015, la Ley modifica dicho art. 145 1 del C.G.I. Para aquellas sociedades matrices controladas por uno o varios organismos sin ánimo de lucro, rebaja el nivel mínimo requerido de participación a 2,5 % del capital de la sociedad distribuidora de los dividendos, si bien manteniendo el requisito de 5 % de los derechos de voto en dicha sociedad. En contrapartida, eleva a 5 años (en lugar de 2) el plazo mínimo durante el cual la matriz está obligada a detentar la participación. La Ley se refiere a los organismos sin ánimo de lucro mencionados en el art. 206 1 bis del C.G.I. (asociaciones regidas por la ley del 1° de julio de 1901, sindicatos regidos por los artículos L. 2131-1 a L. 2136-2 del Código de Trabajo, fundaciones de utilidad pública reconocida, fundaciones empresariales, fondos de dotación y congregaciones, siempre y cuando su gestión sea desinteresada, sus actividades no lucrativas predominen significativamente, y sus ingresos de explotación por actividades lucrativas no rebasen 60.540 € en el año natural).

Cabe preguntarse si la referencia de la Ley a los organismos sin ánimo de lucro del art. 206 bis se limita meramente a sus estructuras o si incluye también el requisito de no hallarse sujetos al impuesto de sociedades por reunir las tres condiciones señaladas en el citado artículo (gestión desinteresada, predominio significativo de actividades no lucrativas, y tope anual de actividades lucrativas). Si la segunda hipótesis corresponde al propósito de la Ley, entonces las sociedades matrices controladas por organismos sin ánimo de lucro pero sujetos al impuesto de sociedades no podrían beneficiar de la reducción del nivel mínimo de participación, debiendo ostentar la participación mínima normal del 5 % del capital social y del 5 % de los derechos de voto para acogerse al régimen matriz-filiales.

## 7 - Modificación del régimen aplicable a dividendos procedentes de un Estado o territorio no cooperativos

Por último, en su art. 29, la Ley suaviza lo dispuesto por el art. 145, 6d del C.G.I. excluyendo del régimen matriz-filiales los productos de los títulos de sociedades ubicadas en un Estado o territorio no cooperativos (aquellos no miembros de la Unión Europea, no firmantes con Francia ni con al menos 12 Estados o territorios un convenio de asistencia administrativa y cuya situación respecto de la transparencia fiscal ha sido objeto de un examen por parte de la O.C.D.E.). Ello es consecuencia de

una decisión del *Conseil Constitutionnel* (Tribunal constitucional) supeditando la conformidad constitucional de esa exclusión al establecimiento de una cláusula de salvaguardia, esto es, la posibilidad para las sociedades afectadas de demostrar que no incurrían en fraude fiscal.

En consecuencia, la Ley modifica el art. 145, 6d, el cual señala en adelante que el régimen matriz-filiales no es aplicable a los productos de los títulos de una sociedad establecida en un Estado o territorio no cooperativo, salvo si la sociedad matriz acredita que las operaciones de la sociedad participada fuera de Francia corresponden a operaciones reales que no tienen ni como objetivo ni como efecto el permitir, con vistas a un fraude fiscal, la localización de beneficios en un Estado o territorio no cooperativos.

La modificación surte efecto para los ejercicios cerrados a partir del 31 de diciembre de 2015.