

Aplicación de la cláusula antiabuso general a una estructura financiera articulada por un Grupo Multinacional a través de una entidad instrumental domiciliada en Países Bajos



Iñigo Alonso Salcedo
Socio de Fiscalidad Internacional EY

Enrique Sánchez de Castro Martín-Luengo
Asociado de Fiscalidad Internacional EY

José Manuel Calderón
Consejero Académico EY Abogados

El pasado 16 de diciembre de 2021 se publicaba un nuevo Informe, i.e. nº 4/1021, de la Comisión Consultiva sobre conflicto en aplicación de la norma tributaria. El conflicto en cuestión se centra en las retenciones a cuenta del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (“IRNR”) sobre intereses financieros de fuente española satisfechos a una entidad con residencia fiscal en Países Bajos, y en particular, en la no aplicación de la exención recogida en el artículo 14.1.c) de la Ley que regula el IRNR.

Antecedentes de hecho

El informe en cuestión deriva de un procedimiento de comprobación en materia de retenciones a cuenta del IRNR durante los períodos 8/2015 a 7/2019, derivadas del pago de intereses financieros de fuente española a una sociedad prestamista residente, a efectos fiscales, en Países Bajos.

En particular, los intereses de fuente española derivaron de una estructura financiera implementada por un grupo multinacional norteamericano (el “Grupo”).

La estructura financiera en cuestión suponía que una sociedad española recibió financiación en forma de préstamos de una entidad “hermana” con residencia fiscal en Países Bajos.

Ambas entidades, prestamista y prestataria, estaban controladas por la misma matriz última residente, a efectos fiscales, en Estados Unidos.

La sociedad española no practicó retenciones a cuenta con respecto a los intereses devengados y pagados bajo los préstamos concedidos por la entidad neerlandesa, al considerar que resultaba de aplicación la exención del artículo 14.1.c) de la Ley del IRNR.

Procedimiento inspector previo

Las actuaciones de inspección previas centraron todos sus esfuerzos en demostrar que la entidad neerlandesa calificaba como entidad instrumental, demostrando que ésta no tenía presencia real en Países Bajos, calificando como “mediador de facto” entre la entidad pagadora, la sociedad española, y el beneficiario efectivo y real de las rentas de fuente española, i.e., la entidad matriz común norteamericana.

Cabe llamar la atención sobre el hecho de que la inspección en cuestión se inició, aparentemente, a raíz del intercambio de información fiscal de carácter “espontáneo” efectuado por la administración tributaria de Países Bajos. En este sentido, es importante tener en cuenta que la normativa neerlandesa aplicable a sociedades de servicios financieros exige que estas cumplan con ciertos requisitos mínimos de sustancia. Si estos requisitos no se cumplen, las autoridades neerlandesas pueden intercambiar información, de forma espontánea, con el resto de las jurisdicciones involucradas.

La inspección consideró que la exención recogida en el artículo 14.1.c) de la Ley del IRNR no resultaba de aplicación.

La denegación de la exención referida con anterioridad trae causa de la aplicación de la cláusula anti-abuso general del “conflicto en aplicación de la norma tributaria” regulada en el artículo 15 de la Ley General Tributaria (“LGT”). La aplicación de esta cláusula antiabuso requiere de un informe preceptivo y favorable de la Comisión Consultiva, que resulta vinculante para los órganos de inspección. El examen del Informe emitido en relación con el caso esbozado con anterioridad constituye el objeto de la presente nota informativa.

La decisión de la Comisión Consultiva

La Comisión Consultiva confirmó, en el referido informe, la posición adoptada por la Inspección, justificando, por tanto, la no aplicabilidad de la exención del artículo 14.1.c) de la Ley del IRNR, debiéndose exigir retenciones conforme a lo establecido en el Convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos vigente en los períodos impositivos inspeccionados, dada la concurrencia de los presupuestos necesarios para determinar la existencia de un montaje abusivo o artificial con una finalidad fiscal.

El Informe de la Comisión Consultiva pone de manifiesto ciertos indicios en los que se apoya para declarar o reconocer el carácter artificial de la estructura de financiación en cuestión. Los principales indicios serían los siguientes:

- ▶ La sociedad neerlandesa carecía de sustancia económica. En particular, dicha sociedad carecía por completo de empleados y medios materiales necesarios para acometer su aparente actividad principal, i.e., actividad financiera.
- ▶ La entidad holandesa estaba domiciliada, a efectos legales y fiscales, en el domicilio de un “*trust office*” neerlandés. En el mismo domicilio estaban domiciliadas más de cuatro mil sociedades ajenas al Grupo interesado en este procedimiento.
- ▶ Gran parte de los miembros del consejo de administración de la entidad neerlandesa eran empleados del *trust office*, quienes también desempeñaban funciones directivas en otras sociedades holding domiciliadas en el mismo domicilio y ajenas al Grupo bajo inspección.
- ▶ La financiación otorgada a la sociedad española estaba estructurada en forma de espejo o “*back-to-back*”. De hecho, del análisis de la cuenta de pérdidas y ganancias de la sociedad neerlandesa se extraía que los ingresos de ésta eran exclusivamente de naturaleza financiera, y los gastos financieros se correspondían con operaciones financieras con la matriz común americana.
- ▶ La estructura de financiación espejo arrojaba un diferencial o asimetría gravable en los tipos de interés en los Países Bajos.
- ▶ Los ingresos financieros obtenidos por la sociedad neerlandesa eran repatriados de Países Bajos a Estados Unidos vía intereses y dividendos. En particular, el margen o asimetría financiera resultaba repatriado en forma de dividendo.

Con base en los indicios anteriores, la Comisión Consultiva concluye en su informe que:

- ▶ La entidad neerlandesa es una entidad instrumental interpuesta entre el pagador y el titular real de las rentas.
- ▶ La entidad neerlandesa es el mero propietario formal de las rentas, pero no el beneficiario real y efectivo (o económico) de las mismas. A tales efectos, lo relevante, según la Administración, es quién es el titular de los intereses desde el punto de vista económico, es decir, la entidad que dispone y disfruta efectivamente de las rentas en cuestión.
- ▶ La ausencia de estructura organizativa y económica a nivel de la sociedad neerlandesa impide a la sociedad ejercer funciones adicionales a la mera intermediación.

Es importante tener en cuenta que la Comisión Consultiva, a la hora de analizar la artificiosidad de la estructura financiera en cuestión, trae a colación la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) en sus sentencias del 26 de febrero de 2019, conocidas como los “casos daneses”.

Con base en dicha doctrina, la Comisión establece que la condición de beneficiario efectivo constituye un requisito material para la aplicación de la exención en la retención reconocida por la norma comunitaria (Directiva sobre Intereses y Cánones).

Considerando, incluso, que tal condición debe entenderse implícita en el artículo 14.1.c) de la Ley del IRNR.

En consecuencia, la Comisión Consultiva dictaminó:

- ▶ Denegar la exención en la retención recogida en el artículo 14.1.c) de la Ley del IRNR; y
- ▶ aplicar el tipo de retención reducido del 10% establecido en el artículo 11.2 del Convenio para evitar la doble imposición entre España y Estados Unidos, vigente en los períodos impositivos inspeccionados, en base a que la entidad matriz norteamericana resultaba ser el beneficiario real y efectivo de las rentas de fuente española.

El Informe de la Comisión Consultiva concluye calificando la estructura y operaciones como montaje artificioso con motivo puramente fiscal, carente de realidad económica al no haberse acreditado la concurrencia de efectos económicos que justifiquen tales operaciones, más allá de la obtención de un ahorro fiscal. Por tanto, se considera que concurren los dos elementos propios del abuso recogidos en el art.15 de la LGT.

Implicaciones prácticas

El nuevo informe sobre conflicto en aplicación de la norma tributaria nº4/2021, que acabamos de exponer, posee potenciales implicaciones prácticas en materia de fiscalidad europea e internacional desde la perspectiva del sistema tributario español. Algunas de estas potenciales implicaciones prácticas podrían consistir en lo siguiente:

- ▶ La Administración tributaria española estaría empleando una vía adicional, a las ya utilizadas en otros casos que ya han visto la luz con anterioridad, para cuestionar la exención de la retención bajo el artículo 14.1.c) de la Ley del IRNR sobre pagos transfronterizos de intereses financieros de fuente española. Esta vía o fórmula adicional vendría dada por la utilización de la cláusula general antiabuso del artículo 15 de la LGT, de forma que refuerza su estrategia de combate contra este tipo de estructuras, salvando posibles vicios en los que habría incurrido bajo otros criterios anteriormente aplicados, con enfoques, en muchos casos, menos consistentes basados en la simulación o en la artikulación de nuevos criterios interpretativos (i.e. enfoque de beneficiario efectivo económico derivado de la jurisprudencia del TJUE).
- ▶ Queda patente el uso selectivo y claramente instrumental que la Administración tributaria española realiza de la doctrina que derivada de los “casos daneses” del TJUE, exigiendo requisitos materiales no previstos en la normativa tributaria española, en lugar de profundizar en la interpretación de las normas objeto de la controversia, considerando su texto, contexto y finalidad, y las consecuencias que tal interpretación posee respecto de los hechos y circunstancias presentes en el caso de

que se trate. La aplicación del art.15 de la LGT, como regla, debe operar considerando tal análisis hermenéutico de la norma material de que se trate, de manera que la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo del abuso, esto es, estructuras u operaciones artificiosas contrarias a la finalidad de la norma material y carentes de realidad y motivación económica, debe realizarse en el marco de tal proceso hermenéutico.

- ▶ El informe de la Comisión consultiva nº4/2021 valida la “lectura” y aplicación que hace la AEAT de la jurisprudencia del TJUE en los “casos daneses” a los efectos de confirmar la exigencia del requisito material del “beneficiario efectivo” para la aplicación de la exención del art.14.1.c) TRLIRNR. Pero la AEAT no se limita a aplicar el enfoque antiabuso derivado de la jurisprudencia del TJUE en los “casos daneses” de forma directa, sino que lo incorpora al análisis de la concurrencia de los elementos propios del abuso a los efectos de la aplicación de la cláusula antiabuso doméstica prevista en el art.15 de la LGT. Tal integración de criterios y principios antiabuso no procede realizarla en todo caso (solo situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión Europea y tomando en consideración toda la jurisprudencia del TJUE en materia de prohibición de prácticas abusivas) y puede resultar compleja considerando la diferente configuración que media entre ambas construcciones antiabuso.
- ▶ La canalización del escrutinio de este tipo de estructuras a través del artículo 15 de la LGT, en determinados casos, podría llegar suponer el cierre o denegación del acceso al procedimiento amistoso (“MAP”) de los convenios para evitar la doble imposición entre España y aquellas jurisdicciones terceras involucradas, con arreglo al artículo 11.2.c) del Reglamento de procedimientos amistosos en materia de imposición directa, pues la cuestión sometida a MAP se referiría, estrictamente, a una materia propia del Derecho interno.

Tal denegación podría considerarse que, de acuerdo con algún reciente precedente judicial, tendría cabida bajo el antiguo artículo 8.2.d) del referido reglamento, precepto que podría referirse a la aplicación de la cláusula antiabuso doméstica. Sin embargo, dicho precepto ha sido eliminado en 2021 a raíz de la reforma acometida, a través del RD. 399/2021, para adaptar dicho reglamento al estándar mínimo y a las recomendaciones derivadas del Informe de la Acción 14 del Proyecto BEPS.

- ▶ Como se puede observar, los intercambios espontáneos (y rogados) de información tributaria por parte de las autoridades neerlandesas son reales y efectivos, en particular cuando se trata de sociedades de servicios financieros sin sustancia en Países Bajos.

Dichos intercambios de información tributaria permiten a la Administración española identificar supuestos similares al analizado y proceder a su regularización.

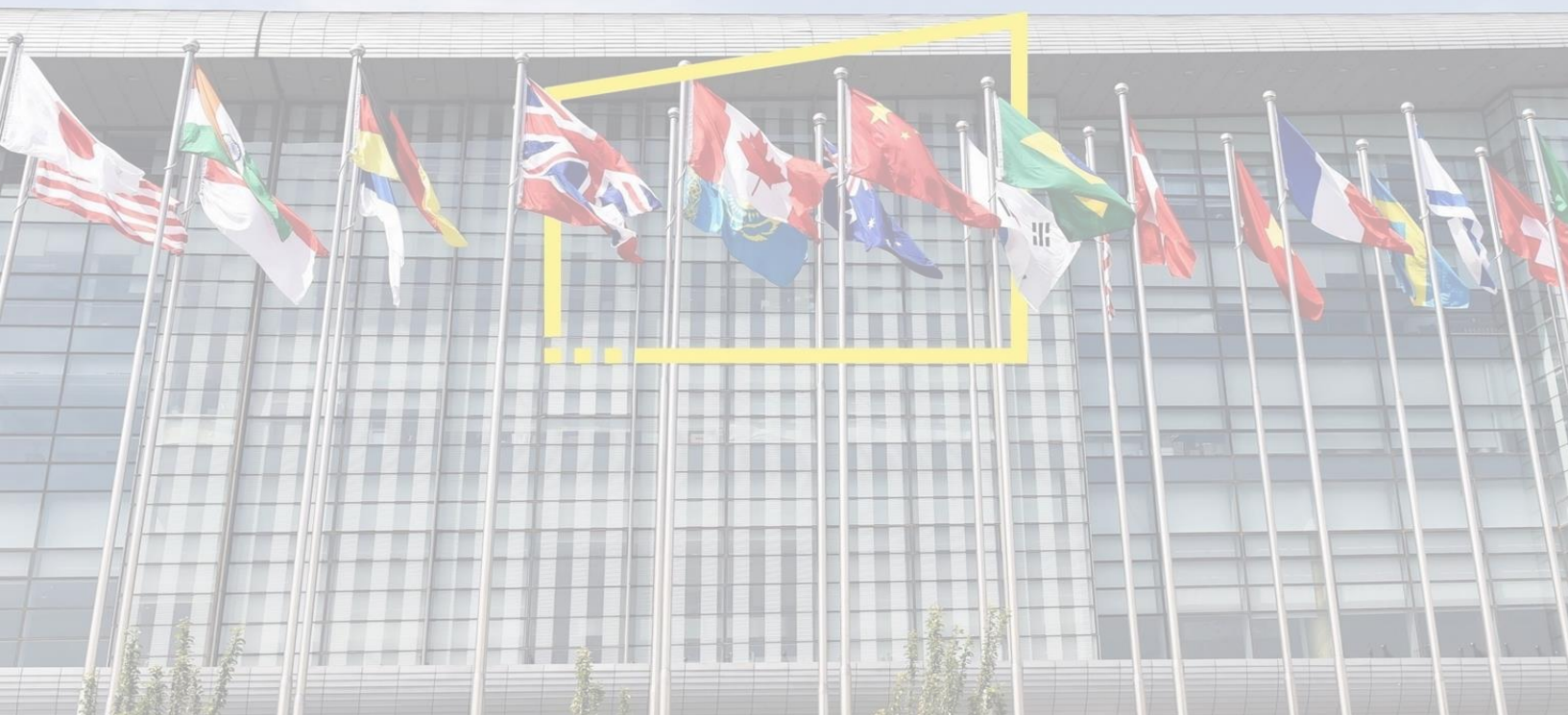
De acuerdo con todo ello, no puede menos que destacarse cómo estos nuevos enfoques antiabuso que está desarrollando la administración tributaria española termina intensificando de forma relevante los niveles de incertidumbre e inseguridad de los grupos multinacionales que han articulado este tipo de estructuras. En particular, al exigirse cumplir con ciertos requisitos materiales no previstos, expresamente, en la normativa doméstica para acceder a los beneficios fiscales que esta pueda reconocer.

Por último, es importante tener en cuenta el régimen sancionador de las conductas declaradas como abusivas bajo el artículo 15 de la LGT, ya que, bajo el artículo 206bis del mismo cuerpo legal, todas aquellas estructuras que guarden igualdad sustancial con respecto a aquellos supuestos reconocidos públicamente como abusivos por la Administración, podrían ser sancionados al constituirse como infracción grave.

Dicho lo anterior, grupos multinacionales que obtengan intereses financieros de fuente española a través de estructuras de financiación similares que impliquen la involucración de una sociedad intermediaria financiera sin sustancia económica suficiente, ubicada en cualquier jurisdicción (ej. Luxemburgo, Países Bajos, Irlanda, Malta, etc.), deben ser objeto de análisis con el fin de mitigar cualquier implicación y riesgo fiscal, y adoptar enfoques “*audit ready*” consistentes a través de los correspondientes “*defense files*”.

Puedes consultar las últimas [alertas fiscales y legales](#) en nuestro [Centro de Estudios EY](#)

¡[Suscríbete](#) a las newsletters de EY para mantenerte actualizado!



Para cualquier información adicional, contacte con:

Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Iñigo Alonso Salcedo
inigo.alonsoSalcedo@es.ey.com

Enrique Sánchez de Castro Martín-Luengo
enrique.sanchez.de.castro.martin.lueng@es.ey.com

Acerca de EY

EY es líder mundial en servicios de auditoría, fiscalidad, asesoramiento en transacciones y consultoría. Los análisis y los servicios de calidad que ofrecemos ayudan a crear confianza en los mercados de capitales y las economías de todo el mundo. Desarrollamos líderes destacados que trabajan en equipo para cumplir los compromisos adquiridos con nuestros grupos de interés. Con ello, desempeñamos un papel esencial en la creación de un mundo laboral mejor para nuestros empleados, nuestros clientes y la sociedad.

EY hace referencia a la organización internacional y podría referirse a una o varias de las empresas de Ernst & Young Global Limited y cada una de ellas es una persona jurídica independiente. Ernst & Young Global Limited es una sociedad británica de responsabilidad limitada por garantía (company limited by guarantee) y no presta servicios a clientes. Para ampliar la información sobre nuestra organización, entre en ey.com.

© 2021 Ernst & Young Abogados, S.L.P.

Todos los derechos reservados.

ED None

La información recogida en esta publicación es de carácter resumido y solo debe utilizarse a modo orientativo. En ningún caso sustituye a un análisis en detalle ni puede utilizarse como juicio profesional. Para cualquier asunto específico, se debe contactar con el asesor responsable.

ey.com/es

Twitter: [@EY_Spain](https://twitter.com/EY_Spain)

LinkedIn: [EY](https://www.linkedin.com/company/ey)

Facebook: [EY Spain Careers](https://www.facebook.com/EY_Spain_Careers)

Google+: [EY España](https://www.google.com/search?q=EY+Espa%C3%B1a)

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