

DIVIDENDOS Y RENTAS POR TRANSMISIÓN DE PARTICIPACIONES EN LA IMPOSICIÓN MÍNIMA GLOBAL. COMPARATIVA E INTERACCIÓN CON LA EXENCIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES

Diego Arribas Plaza

Doctor en Derecho

Abogado en Cuatrecasas

(España)

Title

Dividends, gains or losses on shares and the global minimum tax. Interaction and comparative analysis with the Spanish participation exemption regime

Resumen

La Directiva 2022/2523 ha instaurado en la UE el gravamen global mínimo acordado en el Pilar Dos de la OCDE, que incluye un tratamiento específico para dividendos y rentas por transmisión de participaciones. En particular, cuando se cumplan las condiciones previstas en la norma, estas rentas son obviadas en el análisis de la tributación del grupo. En la presente colaboración se examinan las circunstancias que determinan el ajuste de estas rentas, sus implicaciones materiales y su interacción con la exención del artículo 21 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Palabras clave

Fiscalidad corporativa; Pilar 2; Directiva 2022/2523; gravamen mínimo; dividendos; exención; participación.

Abstract

Directive 2022/2523 has adopted the global minimum tax of the OECD's Pillar Two in the EU including a specific treatment for dividends and capital gains and losses. To the extent the relevant conditions are met, this income is ignored in the analysis of the group's tax position. This collaboration addresses the circumstances for the carve out its implications, and its interaction with the Spanish participation exemption regime.

Keywords

Corporate taxation; Pillar 2; Directive 2022/2523; minimum taxation; dividends; exemption; shareholding.

Fecha de recepción: 28-04-2023/Fecha de aceptación: 22-05-2023/Fecha de revisión: 16-06-2023

Cómo referenciar: Arribas Plaza, D. (2023). Dividendos y rentas por transmisión de participaciones en la imposición mínima global. Comparativa e interacción con la exención del Impuesto sobre Sociedades. *Revista Técnica Tributaria* (141), 81-110.

SUMARIO

1. Introducción
 - 1.1. Una reforma cimentada en dos pilares
 - 1.2. Planteamiento y enfoque
2. Tratamiento en la normativa sobre tributación global mínima
 - 2.1. Definición de rentas excluidas
 - 2.2. Implicaciones de la exclusión
3. Interacción con la exención de la normativa española
 - 3.1. Tratamiento contable
 - 3.2. Tipología de rentas
 - 3.3. Categorización de las participaciones
 - 3.4. Importe exento
 - 3.5. Breves reflexiones sobre una posible «adaptación» de la LIS
4. Conclusiones
5. Bibliografía

Nota: el contenido de esta colaboración representa la opinión personal de autor y no constituye ningún tipo de asesoramiento legal.

1. Introducción

1.1. Una reforma cimentada en dos pilares

El 23 de enero de 2019, el Marco Inclusivo sobre BEPS de la OCDE y el G-20 (*Inclusive Framework* en inglés) acordó que los trabajos que continuarían la Acción 1 del Plan BEPS (publicada en 2015) y el Informe Intermedio (publicado en 2018) se desarrollarían en torno a dos pilares¹. Con esta gráfica expresión², se identificaban las dos bases sobre las que los Estados tratarían de avanzar en el objetivo de adaptar las normativas tributarias a la realidad de una economía digitalizada.

Como es sabido, este plan se ha concretado en los conocidos como Pilar Uno (centrado en el gravamen en la jurisdicción de mercado para grupos con una facturación superior a 20.000 millones de euros y rentabilidad de al menos el 10%) y Pilar Dos (cuyo objetivo es asegurar una tributación mínima efectiva del 15% para grupos cuya facturación alcance 750 millones de euros). Si bien el 8 octubre de 2021 el Marco Inclusivo alcanzó un crucial acuerdo político respecto a ambos Pilares³, la realidad hasta la fecha pone de manifiesto que los avances han sido más intensos en lo relativo al Pilar Dos. En particular, entre los hitos que han impulsado la concreción del objetivo del gravamen global mínimo de las empresas, destaca sin duda la aprobación de la Directiva 2022/2523 de 15 de diciembre (en adelante, la Directiva). Esto es, en paralelo a los trabajos que han continuado y continúan en el seno de la OCDE, sus Reglas Modelo han tomado la forma de Derecho derivado de la UE (con ciertas adaptaciones, algunas relevantes).

Como consecuencia de lo anterior, los Estados miembros de la Unión no solo deben honrar el compromiso internacional que (salvo Chipre) alcanzaron como partícipes del Marco Inclusivo de la OCDE respecto al Pilar Dos, sino que también soportan la obligación de resultado propia de las directivas que establece el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El impulso que supone que un actor internacional del peso de la UE adopte materialmente este objetivo, unido al esquema diseñado (con medidas primarias y defensivas que buscan asegurar su efectividad en última instancia), genera un incentivo

1 «*Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy - Policy Note*» (accesible en <https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>).

2 El empleo de este término ha quedado acompañado de felices coincidencias, como que los primeros borradores detallados sobre la materia (conocidos como *Blueprints*) fueran publicados el 12 de octubre de 2020, Día del Pilar.

3 «*Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*» (accesible en <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>).

evidente para que los Estados adopten esta normativa y aseguren ellos mismos el gravamen mínimo del 15% en su jurisdicción⁴. Desde este prisma, podría pensarse que la conocida carrera hacia la baja («*race to the bottom*») en la fiscalidad corporativa está ya transitando a una carrera hacia el medio («*race to the middle*»), identificado este en el tipo mínimo del 15% acordado a nivel internacional.

En términos prácticos, la normativa del Pilar Dos materializada en la Directiva implica que los grupos empresariales afectados se ven forzados a adaptarse a las obligaciones derivadas de este impuesto mínimo (cuyo posible efecto armonizador merece ser destacado), al mismo tiempo que deben seguir cumpliendo las diferentes obligaciones fiscales «ordinarias» que sobre ellos recaen de acuerdo con la normativa local de cada jurisdicción. Esta recaudación ordinaria es el punto de referencia para identificar un gravamen insuficiente del grupo en la jurisdicción y, por ello, un gravamen complementario a recaudar. Ahora bien, la existencia de reglas propias para el cálculo y exacción de este gravamen mínimo dispone una suerte de sistema autónomo el cual, sin embargo, nunca puede vivir de espaldas a la normativa nacional que le sirve de referencia. Podría decirse entonces, en términos coloquiales, que supone un «segundo cierre paralelo» del impuesto sobre sociedades en el que interaccionan la normativa interna y la derivada del Pilar Dos.

1.2. Planteamiento y enfoque

El referido acuerdo de octubre de 2021 supone un cambio trascendental en el ámbito de la fiscalidad internacional, un nuevo paradigma que podría suponer un primer hito relevante en la armonización de las normativas fiscales sobre impuestos corporativos. Semejante tarea, a la que la Comisión Europea había dedicado amplios recursos (sin éxito aparente en la UE), parece haber fructificado en un plano todavía más ambicioso como el internacional. De forma lógica aparecen multitud de cuestiones vidriosas, tanto desde el planteamiento técnico (viabilidad de una regulación llamada a interactuar con la normativa fiscal de todas las jurisdicciones, compatibilidad con el derecho internacional, los convenios para evitar la doble imposición y el propio Derecho de la UE, etc.) como desde el político (diferentes roles e intereses de las jurisdicciones).

Fruto del planteamiento disruptivo de la cuestión, hasta el momento la mayor parte de los comentarios de la doctrina ha discurrido en el plano conceptual. Por ello, en la presente colaboración el enfoque es el opuesto, centrado en un análisis más específico de la normativa aprobada por la Directiva y sus impli-

4 Al hilo de lo anterior (en particular, dado el rol defensivo de la regla de beneficios insuficientemente gravados o UTPR), cabe destacar cómo algunos autores han elevado el planteamiento conceptual y argumentan que el sistema se basa en un principio (*Use-It-or-Lose-It principle*) en virtud del cual cada Estado puede decidir recaudar el impuesto complementario que le corresponda, sabiendo que si no lo hace otra jurisdicción podrá hacerlo (CHRISTIANS y DINIZ, 2022). Estos autores consideran que este mismo principio sustenta los regímenes de transparencia fiscal internacional (*CFC rules*), ahora ya ampliamente aceptados, y destacan que el acuerdo internacional confirma al grupo de empresas como una sola unidad económica también a efectos fiscales.

caciones en el Impuesto sobre Sociedades (en adelante, IS). En particular, el objeto de estudio se limita al tratamiento de dividendos y resultados de cartera, en su condición de rentas cuyo gravamen aflora en el socio una doble imposición económica a la que los legisladores suelen ser sensibles disponiendo reglas para su corrección. Tanto el legislador español (en el IS) como el «internacional» (en el Pilar Dos y la Directiva) también parecen serlo al disponer su ajuste del resultado contable, pero bajo planteamientos no idénticos y que son objeto de análisis en los siguientes apartados.

Respecto a la estructura, el comentario se desarrolla en dos pasos. El primero se dedica al análisis del tratamiento de estas rentas de acuerdo con los parámetros generales de la Directiva (se obvia la incidencia de regímenes especiales, como el de las entidades de inversión), a cuyos efectos se tomará en consideración el criterio que emana de los Comentarios a las Reglas Modelo y del resto de publicaciones de la OCDE⁵. El segundo apartado aborda algunos de los aspectos asociados a la interacción de lo anterior con el régimen del artículo 21 de la Ley 27/2014 de 27 de noviembre (en adelante, LIS). Por último, se incluyen algunos comentarios a modo de conclusión.

2. Tratamiento en la normativa sobre tributación global mínima

Bajo un planteamiento alineado con el del IS, en el esquema de esta normativa del Pilar Dos se toma como base el resultado contable y se dispone la práctica de determinados ajustes fiscales al mismo. Entre estos, como se ha adelantado, la Directiva prevé un régimen específico para dividendos y rentas derivadas de la valoración o transmisión de participaciones en entidades (agrupadas en el concepto de ganancias o pérdidas de patrimonio), en el que destaca su condición general de rentas excluidas del resultado.

A continuación se analizará bajo qué circunstancias procede esta exclusión, así como las consecuencias de la misma. No obstante, antes procede un breve apunte sobre el particular enfoque que esto supone desde el prisma de un régimen de tributación mínima como el aquí analizado.

Siguiendo lo indicado en los Comentarios, la razón de ser de estas exclusiones podría vincularse a una suerte de traslación de los regímenes de exención de estas rentas (*participation exemption*) con el que cuentan muchas jurisdicciones del Marco Inclusivo, sobre la base de unas condiciones que recuerdan a los que estas emplean para definir una participación sustantiva en una entidad⁶. Por ello, cabría entender que se traslada aquí el objetivo de evitar la doble

5 Así en línea con el considerando 24 de la Directiva, que impone a los Estados miembros el recurso a los documentos preparados por la OCDE sobre la materia «como fuente de ilustración o interpretación a fin de garantizar la coherencia en la aplicación en los distintos Estados miembros en la medida en que estas fuentes sean coherentes con la presente Directiva y el Derecho de la Unión».

6 Párrafo 35 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo: «(…), the GloBE Rules require MNE Groups to apply a consistently bright-line test that builds on the components found in the participation exemptions applied by a number of Inclusive Framework jurisdictions» (OCDE, 2022a, p. 50).

imposición económica asociada a dividendos y plusvalías en los escenarios cualificados en los que se mantiene una participación relevante. No obstante, lo cierto es que el sistema asume simplemente dicho gravamen subyacente (pues no dispone ninguna regla particular que aspire a constatarlo o siquiera a intuirlo)⁷, diseña asimetrías en el ajuste de las rentas (como más adelante se analizará) y dispone una exclusión absoluta de las rentas en cuestión (de manera que ninguna «objeción» se plantea si una jurisdicción ha decidido no gravarlas, pero el gravamen que en su caso les haya afectado será generalmente soslayado). Desde este punto de vista, quizás debería replantearse si estas exclusiones se justifican efectivamente en la corrección de la doble imposición económica o si las particularidades de este gravamen mínimo desnaturalizan realmente este objetivo.

2.1. Definición de rentas excluidas

Las letras b) y c) del artículo 16.1 de la Directiva se ocupan de definir cuáles son los parámetros bajo los que procederá la exclusión de los dividendos y las ganancias o pérdidas de patrimonio, respectivamente⁸. Así, tomando como base el mandato del artículo 15 de partir del resultado contable individual y la presunción de que dichas rentas forman parte del mismo, las letras b) y c) del artículo 16.2 de la Directiva ordenan su ajuste de cara a determinar las ganancias o pérdidas admisibles (concepto relevante en el cálculo del tipo efectivo en la jurisdicción –en adelante, ETR)–. Nótese que no se trata de una eliminación propia de un enfoque consolidado, sino que las rentas son objeto de ajuste específico salvo que se den ciertas condiciones.

2.1.1. Dividendos

Si bien la norma no define expresamente qué es un dividendo, se refiere al rendimiento del socio pues contempla cualquier importe recibido o devengado «en relación con una participación en la propiedad» (*«in respect of an ownership interest»*). Según el artículo 3.23 de la Directiva, este concepto se define en torno a una participación en los fondos propios que conceda derechos sobre los beneficios, el capital o las reservas de una entidad. El criterio de caracterización

7 Quizás esta ausencia podría vincularse a la asunción de que el propio sistema asegura el gravamen mínimo del 15% del beneficio operativo, por lo que huelga constatarlo en relación con cada dividendo o plusvalía procedentes de la entidad participada en cuestión. Ahora bien, esta asunción obviaría que dicha entidad participada puede pertenecer a un grupo que no está afectado por esta normativa o que puede pertenecer a una jurisdicción con un tipo efectivo muy reducido por beneficiarse de la exclusión de sustancia (artículo 28 de la Directiva).

8 Llama la atención el enfoque de la Directiva, que desarrolla esta definición *in situ* (en el seno del propio precepto incardinado en la determinación del resultado admisible), en comparación con el enfoque de las Reglas Modelo de la OCDE, que simplemente indican la exclusión en las letras b) y c) de su artículo 3.2.1. pero al que dan contenido a través del complejo juego de definiciones de su artículo 10.

relevante sería el contable, tanto en lo relativo a la participación en una entidad⁹ como a su titularidad¹⁰.

En la definición de los dividendos excluidos, siguiendo el enfoque de las Reglas Modelo, la Directiva dispone un planteamiento que se separa de regímenes como el español. Así, en vez de definir bajo qué circunstancias concretas procede el ajuste del dividendo, se asume por defecto este ajuste y se define cuándo, como excepción, el mismo no procede.

Ciertamente, podría plantearse si esta particular configuración presenta implicaciones materiales para la interpretación de la norma. Por ejemplo, si la carga de la prueba debería recaer sobre la parte que pretende argumentar a favor de la excepción, esto es, respecto al mantenimiento del dividendo (por ausencia de ajuste) a efectos de la determinación del resultado admisible.

Sea como fuere, esta construcción técnica se presenta «en términos negativos», esto es, respecto a las condiciones que deben concurrir para que no proceda el ajuste. De acuerdo con la regla general del ordinal (i) del artículo 16.1.b), el dividendo no es excluido (se mantiene) cuando la participación no alcance el porcentaje del 10% en la entidad participada (definida como participación en cartera o *portfolio shareholding*) y se haya mantenido durante menos de un año¹¹. Ambas condiciones (cuya conjunción aflora el concepto de *short-term portfolio shareholding* en las Reglas Modelo, aunque no en la Directiva) deben ser analizadas en la fecha de la distribución del dividendo, sin regla especial que avale su cumplimiento *a posteriori*.

El reverso de lo anterior, probablemente más natural para algunos, implicaría considerar que el dividendo es excluido cuando la participación alcance el 10% o se haya mantenido durante un año. Sin embargo, este planteamiento demanda las oportunas cautelas, como se aprecia en este ejemplo. Puesto que el concepto de participación en cartera (no apta para la exclusión del dividendo a menos que se haya mantenido durante un año) se construye desde una conjunción disyuntiva (pues es cualquiera que otorgue una participación inferior al 10% en los beneficios, el capital, las reservas o los derechos de voto de la entidad), una participación que otorgue derechos políticos del 10% pero derechos económicos en un porcentaje inferior (o viceversa) se calificaría como participación en cartera. Por ello, desde un análisis «en términos positivos», solo una participación que alcance el 10% en todos los parámetros referidos evitaría la condición de participación en cartera.

9 Párrafo 40 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo: «*The definition of Ownership Interest provided in Article 10.1 further requires that the interest in the underlying right is an equity interest, i.e. any shares, interests, participation, or other equivalents of that Entity which are characterised as equity under the Acceptable or Authorised Financial Accounting Standard used in the Consolidated Financial Statements*» (OCDE, 2022a, p. 51).

10 Párrafo 41 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo: «*A Constituent Entity is considered as holding "economically" a Portfolio Shareholding when it has (or is entitled to) all or substantially all the benefits and burdens of ownership, including rights to profits, capital, reserves, or voting carried by its Ownership Interests, and has not renounced or transferred such rights under another arrangement over the tested period*» (OCDE, 2022a, p. 51).

11 Al hilo del considerando 24 de la Directiva, está por ver si la UE acoge la nueva redacción del párrafo 45 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo que permite la opción de computar cualquier dividendo procedente de participaciones en cartera (OCDE, 2023, p. 77).

Como se ha apuntado, en un plano conceptual la norma podría alinearse con el enfoque de los regímenes de *participation exemption*, de forma que se contemple a los socios sustantivos (aspecto concretado en el porcentaje del 10%) o estables (aspecto concretado en el año) y se descarte la actividad de mera compraventa de valores (*trading*)¹². Ahora bien, interesa también detenerse en los detalles de la norma y en las aclaraciones de la OCDE en el desarrollo de sus Reglas Modelo.

Por un lado, el cómputo del porcentaje del 10% en la entidad participada no debe realizarse a nivel individual sino a nivel del grupo en su conjunto¹³. Sin embargo, el mantenimiento del año (posesión ininterrumpida durante 12 meses) se analiza desde el prisma de la entidad que percibe el dividendo, de manera que una transmisión intragrupo daría por interrumpido el cómputo¹⁴ (salvo que proceda de una reestructuración empresarial –combinaciones de negocios reguladas en el Capítulo VI de la Directiva–). En ambos casos, se descarta un análisis indirecto, esto es, de las condiciones bajo las que se han generado el beneficio que ahora se distribuye como dividendo¹⁵.

Así, aunque la norma introduce de igual manera el análisis de ambos requisitos (participación en la propiedad en relación con la cual se recibe o devenga un dividendo), se aprecian diferencias destacables. En relación con el periodo de mantenimiento del año, el análisis se realiza de forma individual a nivel de la entidad que recibe el dividendo pero, matiza la OCDE, no desde el prisma de dicho socio sino de la propia participación que genera la renta; por ello, respecto al dividendo abonado por una entidad, una parte será excluido y otra parte no lo será si es que este procede de participaciones adquiridas hace más o menos de un año, respectivamente¹⁶. Ahora bien, este enfoque podría haberse dispuesto exclusivamente para el análisis del mantenimiento de aquellas calificadas como participaciones en cartera, pero no en el caso de participaciones cualificadas. De hecho, puesto que el análisis agregado del porcentaje del 10% solo se explica desde el prisma del grupo como socio, un dividendo debería quedar

12 Párrafo 36 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, p. 50).

13 Así por cuanto el primer guion del artículo 16.1.b.i) de la Directiva hace referencia a la participación «detentada por el grupo en una entidad»; en el mismo sentido, párrafo 40 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, p. 51). En todo caso la cuestión no parece pacífica pues el matiz de los Comentarios no es categórico, sino que se plantea en relación con participaciones que confieran los mismos derechos sobre la participada (en términos de beneficios, capital, reservas o derechos de voto). Esto aflora la duda de si procede tal análisis agregado, por ejemplo, cuando algunas entidades del grupo ostenten participaciones que otorguen solo derechos económicos, otras cuyas participaciones asignen solo derechos políticos y otras cuyas participaciones otorguen ambos.

14 En este caso el segundo guion del artículo 16.1.b.i) de la Directiva se fija en la entidad que recibe el dividendo. También el párrafo 44 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo: «*Unlike the 10% threshold test, the ownership period requirement applies on a Constituent Entity-by-Constituent Entity basis, which means that an intra-group transfer of shares would be considered as an interruption of the holding period*» (OCDE, 2022a, p. 52).

15 En particular, en relación con el periodo de mantenimiento de la participación, párrafo 44 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo: «*The requirement only relates to the Ownership Interest in respect of which a distribution is received or accrued and does not require a further determination of whether the distribution was funded by another distribution to which the same condition would apply*» (OCDE, 2022a, p. 52).

16 Párrafo 44 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo: «*This condition applies to each Constituent Entity holder separately and in respect of the same class of shares such that the dividends received or accrued in respect of the same class of shares that were held for a year or more are exempted, whereas other dividends are not*» (OCDE, 2022a, p. 52). Pueden consultarse los tres

íntegramente excluido si el grupo supera el umbral referido con independencia de que un conjunto de participaciones (adquiridas en un momento o por una entidad del grupo en concreto) no alcance de forma individual el porcentaje.

Por último, nótese que la normativa renuncia a otorgar un trato particular a los gastos deducibles vinculados a estas rentas excluidas, en línea con las propuestas más recientes de armonización en la UE¹⁷. Respecto a los dividendos no excluidos, la OCDE justifica el cómputo de sus gastos asociados precisamente porque el ingreso es tomado en consideración; y respecto a los dividendos excluidos, aunque se reconoce que las normativas locales suelen impedir la deducción de gastos asociados a ingresos exentos, aquí se considera innecesario por razones de simplicidad¹⁸.

2.1.2. Ganancias o pérdidas de patrimonio

El primer apunte en el análisis de esta segunda categoría debe hacer referencia al ámbito de la exclusión, pues el artículo 16.1.c) de la Directiva contempla tres supuestos en el concepto de ganancia o pérdida de patrimonio excluida. Por un lado, el ordinal (ii) excluye los resultados (positivos o negativos) que afloran asociados al método contable de puesta en equivalencia; y por otro lado, los ordinales (i) y (iii) excluyen los resultados (positivos o negativos) derivados de la variación a valor razonable o de la enajenación de una participación, excepto cuando esta sea una participación en cartera. Podría decirse que la norma asimila la incidencia de la valoración de una participación (bien bajo puesta en equivalencia, bien a mercado) con una suerte de transmisión ficticia por cuanto aproxima igualmente el valor real de la inversión en la entidad participada, de ahí que le otorgue un trato alineado con el de la enajenación efectiva.

En este ámbito se advierte un enfoque similar al caso de los dividendos, pues la exclusión procede solo bajo circunstancias cualificadas: la incidencia del

ejemplos relativos al artículo 3.2.1.b) de las Reglas Modelo donde se concluye que solo es apto para la exclusión la parte del dividendo asociado a participaciones mantenidas durante un año (OCDE, 2022b, pp. 23-24). Para identificar participaciones cedidas la OCDE dispone un criterio LIFO por valores homogéneos, lo que facilita el cumplimiento del requisito pues permite la reserva de las más antiguas, según se indica en el párrafo 43 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, p. 52).

17 La Propuesta de Directiva de 2011 para una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICCS) [COM(2011) 121 final] incluía en su artículo 14.1.g) la consideración como no deducibles de los gastos asociados a la obtención de rentas exentas (concepto que incluía dividendos y plusvalías procedentes de participaciones cualificadas). Estos se estimaban en un importe fijo del 5% de dichas rentas, salvo que el contribuyente probara que su importe era inferior. No obstante, la Propuesta de Directiva de 2016 para una base imponible común del impuesto sobre sociedades (BICIS) [COM(2016) 685 final] no contemplaba una limitación en la deducibilidad de los costes asociados a rentas exentas, en línea con las preocupaciones de algunos Estados miembros reseñados en los comentarios de la Presidencia del Consejo de la UE de 16 de abril de 2012 (doc. 8790/12 FISC 52, p. 14).

18 Párrafo 45 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, p. 52), cuyo criterio parece alinearse con el dictamen del Consejo de Estado de 30 de septiembre de 1982 (citado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de diciembre de 1990). La excepción se plantearía en los contratos de seguro *unit linked*, en los que a la aseguradora se le impide computar el gasto asociado al repago de un dividendo excluido al tomador del seguro (nueva redacción de los párrafos 36 y 45 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo - OCDE, 2023, p. 75).

método de puesta en equivalencia (lo que presupone una participación relevante¹⁹) o la existencia de una participación que alcanza el 10% (y que por ello no es una participación en cartera en el momento de la transmisión)²⁰. Debe destacarse nuevamente cómo la exclusión de la renta se configura como el tratamiento por defecto, mientras que su mantenimiento (por ausencia de ajuste) se contempla como excepción. Ahora bien, se identifica aquí una asimetría relevante, pues las participaciones en cartera mantenidas durante al menos un año, si bien son aptas para generar dividendos excluidos, dan lugar a ganancias o pérdidas de patrimonio no excluidas²¹.

En general la exclusión de las ganancias y pérdidas de patrimonio se inspiraría también en los regímenes domésticos que, en supuestos cualificados, prevén la exención de las plusvalías y la no integración de las minusvalías con independencia del negocio jurídico por el que afloran. De hecho, dada la referida incidencia del criterio contable respecto a la existencia y titularidad de una participación, su enajenación sería una circunstancia que derivaría de su mera baja contable.

El enfoque que determina el tratamiento de la renta (positiva o negativa) obtenida en la transmisión de una participación podría ser discutible, pues procede su exclusión «con excepción de la enajenación de una participación en cartera». Así, la exclusión podría abordarse desde el prisma de la tipología de participación mantenida por el grupo hasta el momento (análisis de situación), o atendiendo a la condición concreta de las participaciones cuya enajenación genera la renta (análisis del objeto). La redacción indicada podría apoyar la segunda interpretación, si bien conduciría a la extraña situación en la que una misma participación cualificada genera dividendos excluidos, pero sus plusvalías o minusvalías son excluidas o no en función de la estrategia del contribuyente para acordar su enajenación de forma escalonada. Esto, unido al hecho de que el único criterio relevante en este ámbito (el porcentaje de participación del 10%) debe ser analizado a nivel conjunto del grupo (según se ha analizado, desde su posición de socio y no respecto a participaciones concretas), podría sugerir el apoyo a la primera interpretación pese al literal de la norma.

Por otro lado, nótese que si el importe excluido es la «ganancia o pérdida neta», su cálculo debería determinarse una vez deducidos los gastos de transacción asociados (lo cual parece necesariamente coherente con el aval a su

19 Párrafo 50 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, p. 53).

20 La definición de participación en cartera del primer guion del artículo 16.1.b.i) de la Directiva, pese a incardinarse en un precepto relativo a dividendos, es consciente de su incidencia en el ámbito de los resultados de patrimonio, pues ordena analizar el porcentaje de participación del grupo en la fecha de la «distribución» (aspecto relevante para el dividendo) o de la «disposición» (aspecto relevante para la ganancia o pérdida de patrimonio vinculada a la transmisión de la participación, aunque también debería serlo para la valoración a valor razonable). Con este enfoque exclusivo en la situación existente el día de la distribución o de la disposición parece descartarse cualquier criterio de «compartimentación temporal» que atienda a las circunstancias existentes en momentos previos.

21 La OCDE es bien consciente de esta asimetría, probablemente vinculada a las diferentes posiciones de los países del Marco Inclusivo durante las negociaciones de esta «base imponible», en el párrafo 56 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo: «*Unlike the rule that applies for purposes of Excluded Dividends, the period during which the Portfolio Shareholding is held is not relevant for determining whether gains and losses arising from the disposition of that shareholding are includible in GloBE Income or Loss*» (OCDE, 2022a, p. 54).

deducción²²). En este punto debe recordarse también que la norma asume la correcta valoración de las operaciones vinculadas bajo el principio de plena competencia (artículo 16.4 de la Directiva). Por último, respecto a los resultados asociados a la valoración a valor razonable, la OCDE reclama la debida coordinación si en ella incide un dividendo excluido; así, por ejemplo, si una pérdida por valoración a valor razonable no excluida se corresponde (en todo o en parte) con un dividendo sí excluido (situación factible dada la asimetría comentada), cabe entender que este último importe reduciría el importe de la pérdida a computar²³.

2.2. Implicaciones de la exclusión

Expuestas las coordenadas de la exclusión, procede continuar con sus consecuencias. Ello implica analizar el impacto tanto en el denominador (resultado admisible) como en el numerador (impuesto ajustado) del cociente que determina el ETR del grupo en la jurisdicción.

2.2.1. Impacto en la determinación de las ganancias o pérdidas admisibles

Como se ha indicado, el punto de partida es el análisis del resultado individual de la entidad, donde en principio aparecerán reflejadas las rentas indicadas que, sin embargo, deben ser excluidas. Lógicamente, esto dará lugar a un ajuste negativo cuando las rentas sean de signo positivo, y a un ajuste positivo cuando las rentas sean de signo negativo.

En el caso de las aquí analizadas, cabe entender que este ajuste (cuando sea negativo) podría obedecer al concepto de exención que, según la definición del artículo 22 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, se vincula a un supuesto en el que se realiza el hecho imponible pero la ley se exime del cumplimiento de la obligación tributaria principal (pago de la cuota). Para empezar, el artículo 3.Cuatro de la Ley 38/2022, de 27 de diciembre, confirmaría que las exenciones no son incompatibles con la naturaleza de un impuesto mínimo. A su vez, si bien podría resultar aventurado, parece razonable pensar que la obtención de una renta, sin embargo excluida en la determinación de un parámetro tan relevante para el cálculo de un impuesto (aunque sea mínimo y recaudado en una u otra jurisdicción), aflora esencialmente la situación descrita.

Se ha llamado ya la atención sobre la incidencia de las cuentas individuales, enfoque necesario para el pretendido análisis jurisdiccional (*jurisdictional blen-*

22 Nueva redacción del párrafo 54 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo: «*For simplicity, the GloBE Rules do not disallow expenses related to Excluded Equity Gains or Losses in the computation of GloBE Income or Loss*» (OCDE, 2023, p. 76). Como decimos, el ajuste de la renta neta aporta un argumento adicional para la deducción.

23 Párrafo 49 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo: «*The fair value gain or loss for a Fiscal Year, however, must be adjusted to reflect any distributions on that Ownership Interest that were excluded from the computation of GloBE Income or Loss pursuant to Article 3.2.1(b)*» (OCDE, 2022a, p. 53).

ding) que, en todo caso, requiere la oportuna adición de los resultados individuales de las entidades ubicadas en la jurisdicción. Ahora bien, en principio, el marco contable relevante no sería el aplicable por cada entidad, sino la norma de contabilidad utilizada en la elaboración de los estados contables consolidados de la entidad matriz última²⁴. Así, en España, este marco de consolidación podría ser el nacional (Normas para la Formulación de Cuentas Anuales Consolidadas –en adelante, NOFCAF–) o el internacional (Normas Internacionales de Información Financiera –en adelante, NIIF–)²⁵.

La cuestión no es baladí si la norma contable que incide en el gravamen «ordinario» de la entidad ha sido otra. Continuando con el ejemplo español, podrían darse dos supuestos. Por un lado, si bien el artículo 10.3 de la LIS parte del resultado que se deriva del Plan General de Contabilidad (aprobado por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre) para calcular la cuota del IS, aun cuando lo relevante sería el marco contable de las NOFCAF, en el cálculo del resultado individual no deberían aflorar diferencias materiales. Ahora bien, si el marco contable relevante para este impuesto mínimo viene determinado por unas NIIF que son irrelevantes en el IS²⁶, las diferencias entre los resultados que sirven de base para ambos gravámenes sí pueden ser materiales.

De lo anterior se deriva la posible existencia de discrepancias entre el resultado tomado en cuenta a efectos fiscales domésticos y el que ordena tomar como referencia la Directiva. En todo caso, puesto que la exclusión opera como un ajuste al resultado contable de referencia, solo serían objeto de ajuste las rentas que sean contabilizadas de acuerdo con el marco contable que disponga la Directiva y sería la calificación otorgada por dicha normativa la que determine la existencia de una renta susceptible de exclusión. No podrían ser objeto de ajuste aquellas rentas que afluieren únicamente en el resultado tomado a efectos tributarios locales.

2.2.2. Impacto en la determinación del impuesto cubierto ajustado

De acuerdo con el artículo 21 de la Directiva, el cálculo del impuesto ajustado parte del importe consignado como gasto por impuesto corriente en la contabilidad, al que deben practicarse ciertos ajustes. La cuestión es compleja, pues requiere definir primero qué impuestos son los relevantes (impuesto cubierto) para a continuación practicar los referidos ajustes (entre los cuales se encuentra

24 El artículo 15.1 de la Directiva dispone, no solo que debe tomarse las ganancias o pérdidas netas contables de la entidad en el ejercicio fiscal antes de cualquier ajuste de consolidación por eliminación de operaciones intragrupo, sino también la incidencia de la normativa de consolidación de la matriz. Ello sin perjuicio del efecto de lo dispuesto en los artículos 11.2 y 15.5 de la Directiva si la jurisdicción incluye un impuesto complementario nacional admisible.

25 En este punto procede recordar que el artículo 6 de las NOFCAF aprobadas por el Real Decreto 1159/2010, de 17 de septiembre, aborda dos situaciones. Por un lado, si alguna de las entidades del grupo ha emitido valores a cotización en algún mercado regulado de la UE, entonces la consolidación deberá realizarse de acuerdo con las NIIF aprobadas por los Reglamentos de la UE. Si, por el contrario, no ha recurrido a los mercados cotizados, puede elegir entre aplicar la normativa doméstica (esto es, las NOFCAF) o la citada normativa internacional.

26 Resoluciones de la Dirección General de Tributos V2107-15 y V2787-21.

el gasto o ingreso por impuesto diferido). Por motivos de espacio nos centraremos en los aspectos más específicos vinculados al tema aquí analizado.

Como cuestión central debe retomarse algo ya planteado: la exclusión a todos los efectos de estas rentas, esto es, también respecto al gravamen que en su caso les haya afectado. Según se indicó, la norma no solo exime del gravamen mínimo a dividendos y rentas derivadas de la valoración/transmisión al excluirlos del cómputo del resultado, sino que también ordena obviar el gravamen doméstico que haya recaído sobre ellas. A esta última tarea se dedica el artículo 21.3.a) de la Directiva cuando dispone que el importe del gasto por impuesto corriente debe reducirse en el importe del mismo «con respecto a las ganancias excluidas del cálculo».

Si ningún impuesto «ordinario» ha gravado la renta excluida, lógicamente ningún ajuste procede. Ahora bien, si la jurisdicción en cuestión grava la renta, debería ser retirado el impuesto que sobre ella haya recaído. A estos efectos, la OCDE matiza que el cálculo debe realizarse tomando el importe bruto de la renta excluida (pues descarta el cómputo de los gastos asociados) y el tipo efectivo soportado (no un tipo impositivo nominal)²⁷. También aclara que si la exclusión de la renta es parcial, la reducción en el importe de impuestos será igualmente parcial²⁸.

Dado que este artículo 21.3.a) solo ordena retirar el gasto por gravamen de ganancias excluidas, es dudoso el trato de las minusvalías excluidas por la Directiva pero deducidas en el impuesto local. La norma parece obviarlas pues menciona las ganancias y no las pérdidas (ajenas al gasto por impuesto), en un apartado relativo a reducciones (cuando esto derivaría en adiciones). De hecho, aunque se ha planteado que simétricamente el sistema demandaría obviar el «menor gasto por impuesto» asociado a la deducción de una renta negativa excluida, la OCDE no acepta esta interpretación, y ofrece la opción de no excluir los resultados de patrimonio en la jurisdicción²⁹.

En relación con el impuesto diferido se dispone una previsión análoga en el artículo 22.5.a) de la Directiva, de manera que debe obviarse también el gasto o

27 El párrafo 10 de los Comentarios al artículo 4 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, p. 88) excluye la incidencia de los gastos asociados («Where the entire amount of the income item is excluded, the excluded taxes must be determined on the same basis without regard to any related expenses»). A su vez, en el ejemplo relativo al artículo 4.1.3 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022b, p. 34), se concreta una fórmula para este cálculo como cociente entre la renta excluida (importe bruto, por lo dicho) y el beneficio de la jurisdicción (importe neto, al ser un resultado total) que es multiplicado por el gasto por impuesto corriente (de ahí la incidencia del tipo efectivo). Este criterio obvia los gastos asociados a la renta excluida de forma coherente con lo expuesto antes, pero conduce a que el importe de impuesto asociado a la renta excluida (que por ello es retirado) quede sobrerrepresentado en detrimento del contribuyente.

28 Párrafo 10 de los Comentarios al artículo 4 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, p. 88).

29 DZIURDZ y MARCHGRABER (2022, pp. 512-513) reclamaban la adición del (menor) impuesto corriente asociado a la deducción de una renta negativa excluida por la Directiva, toda vez que el gasto por impuesto puede ser negativo y el impuesto diferido dispone un ajuste neto. No obstante, la visión acordada es que esto presenta deficiencias y que resulta más simple y robusto otorgar al contribuyente la opción de descartar durante 5 años la exclusión (nuevos párrafos 57.1 y 57.2 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo - OCDE, 2023, pp. 61-64). Ausente en la Directiva, según con su considerando 24, tal opción podría reputarse ajena a la UE.

ingreso por impuesto diferido relativo a partidas excluidas³⁰. Aunque los dividendos o rentas derivadas de la transmisión suelen excluirse de la base imponible en virtud de una regla de exención o no deducibilidad con naturaleza de diferencia permanente, su incidencia en este punto no puede descartarse. Para el análisis de este precepto y por simplicidad se hará referencia a dos enfoques: individual o global.

El enfoque individual se refiere a los casos en los que el ajuste de la renta no sea permanente sino temporal, y da lugar por sí mismo a un importe diferido que, por lo expuesto, debería ser obviado. Un ejemplo podría ser un activo por impuesto diferido vinculado al gasto por deterioro de una participación no deducible en el impuesto local pero que devendrá deducible en el futuro, si bien la valoración o enajenación de dicha participación genera rentas excluidas en la Directiva. También podría plantearse la deducción del deterioro de una participación si es que el pasivo por impuesto diferido aflora asociado al futuro gravamen de una plusvalía excluida.

El enfoque global se refiere a la interacción de la renta con el resultado total de la entidad, en particular, respecto a ejercicios en pérdidas que dan lugar a los consecuentes activos por impuesto diferido (BINs). Así, una renta negativa excluida no debería nutrir el activo por impuesto diferido asociado a la pérdida obtenida por la entidad³¹, aunque de forma simétrica cabría plantear si también procede obviar una renta positiva gravada en la jurisdicción pero excluida por la Directiva. Por el mismo motivo, debería retirarse también la parte de gasto por impuesto diferido que alore fruto de la compensación de BINs con dividendos o plusvalías que sean gravados en la jurisdicción, pero excluidos por la Directiva.

Por último, nótese que el sistema de tributación mínima global no altera los conceptos de residencia y fuente³², de manera que este gasto por impuesto también podría ser un gravamen en la fuente. En este punto procede hacer otra distinción. Los dividendos procedentes de entidades ajenas al grupo, así como las ganancias o pérdidas de patrimonio, siguen la regla general y es que, si son rentas excluidas, su posible gravamen en la fuente debe ser también retirado. Ahora bien, el artículo 24.5 de la Directiva dispone un trato particular para el gravamen soportado en la distribución intragrupo de dividendos, pues atribuye este gravamen a la pagadora y no al socio que lo contabiliza por soportarlo jurídicamente³³. Según la OCDE, este criterio especial de atribución implica que el impuesto soportado no se vea afectado por su vínculo con una renta excluida,

30 El gasto es positivo en un pasivo por impuesto diferido, y es negativo (esto es, un ingreso) cuando alore un activo por impuesto diferido (párrafo 71 de los Comentarios al artículo 4 de las Reglas Modelo-OCDE, 2022a, p. 101).

31 Párrafo 73 de los Comentarios al artículo 4 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, p. 101). Puesto que es el propio artículo 22.5.a) de la Directiva el que descarta que el ajuste por impuesto diferido incluya el diferido asociado a rentas excluidas, cabe entender que estas no afloran un diferencial con el importe de impuestos cubiertos ajustados esperados (artículo 21.5), por lo que tampoco se generará por este motivo un impuesto complementario adicional (artículo 29.3).

32 Aunque algunos de sus elementos no encajen adecuadamente con dichos conceptos (ARNOLD, 2022, p. 227).

33 En puridad, la regla aplica al gravamen sea o no en la fuente, pero en jurisdicciones como España será lo habitual.

de manera que su importe no se obvia y es computado por la entidad que realizó la distribución³⁴.

3. Interacción con la exención de la normativa española

En este apartado el enfoque se traslada al objetivo de examinar las similitudes y diferencias con la exención del artículo 21 de la LIS, lo que a su vez permite analizar la interacción de este precepto con la Directiva y, con ello, identificar supuestos de coordinación y fricción entre normativas.

Para empezar debe destacarse cómo en ambos casos el ajuste se practica sobre el resultado individual de la entidad, sin que proceda ninguna eliminación de consolidación. En cierto sentido la operativa se asimila a la propia del régimen de consolidación fiscal del IS (regulado en el Capítulo VI del Título VII de la LIS), pues al agregar los resultados individuales de las entidades ubicadas en la jurisdicción, del importe a considerar se habrán deducido ya los resultados relativos a dividendos y resultados de cartera que deban ser objeto de ajuste específico³⁵.

A nivel conceptual el planteamiento también se asimila: se contempla el rendimiento obtenido por el socio, ya sea en forma de dividendo o plusvalía, siempre que proceda de una participación cualificada. Ahora bien, aparecen diferencias en determinados aspectos concretos vinculados al tratamiento contable, a la tipología de rentas comprendida en el ajuste, a la categorización de las participaciones y al importe apto para el ajuste. Su análisis se aborda en los siguientes apartados, junto con unas reflexiones sobre la posible influencia que esta exclusión de rentas de la Directiva podría tener en una eventual modificación del artículo 21 de la LIS.

3.1. Tratamiento contable

Dado que la contabilidad supone el punto de partida del análisis tanto en el IS como en la Directiva, la mecánica expuesta requiere, en primer lugar, constatar la existencia de una renta que sea susceptible de ajuste. Así, cuando el resultado contable individual en el que se basa la normativa del IS contemple o descarte la existencia de una renta, pero el marco contable de consolidación de la matriz última sobre el que en principio se basa la

34 Como regla general, cualquier impuesto relativo a un dividendo excluido debería ser obviado, aunque sea satisfecho en la fuente; de hecho, así lo afirma el párrafo 10 de los Comentarios al artículo 4 de las Model Rules (OCDE, 2022a, p. 88). Ahora bien, debe considerarse la regla excepcional que atribuye el impuesto soportado en la distribución intragrupo de dividendos o similares a la propia entidad pagadora, pues ello anula el planteamiento general y permite su cómputo. De acuerdo con los párrafos 11, 60 y 61 de los Comentarios al artículo 4 de las Model Rules (OCDE, 2022a, pp. 88 y 99), este tratamiento especial se basa en el hecho de que el beneficio operativo que representa el dividendo ha sido obtenido por el propio grupo, de manera que un gravamen adicional que le afecte (aunque sea como dividendo) debería ser computado.

35 En el caso del IS, por todas, resolución de la Dirección General de Tributos V2035-15.

Directiva haga lo contrario, se advierte un primer foco de discrepancia en el funcionamiento de la norma³⁶.

Por ejemplo, la normativa internacional (NIIF) admite, en la propia preparación de los estados financieros individuales, que una entidad valore al coste sus participaciones en dependientes o asociadas, pero también a valor razonable con cambios en resultados o bajo el método de puesta en equivalencia, lo que generaría el correspondiente resultado; sin embargo, puesto que el Plan General de Contabilidad dispone la valoración al coste de las referidas participaciones, aquí descarta la existencia de un resultado vinculado a su valoración³⁷. En estos casos, ningún ajuste se habrá practicado en el IS en ausencia de renta, aunque procederá a efectos del Pilar Dos cuando incida el método de puesta en equivalencia (artículo 16.1.c.ii) de la Directiva) o cuando se valore a mercado una participación que no sea en cartera (artículo 16.1.c.i) de la Directiva). En todo caso, si el marco contable relevante identifica una renta que no proceda excluir, pero esta no ha aflorado en el IS, ello podría dar lugar a un gravamen insuficiente que la Directiva «reclama».

Otro ejemplo podría venir de la mano de los dividendos que, de acuerdo con la normativa contable doméstica, proceden inequívocamente de resultados generados con anterioridad a la fecha de adquisición, y que por ello no se reconocen como ingresos sino como una recuperación de la inversión³⁸. Es decir, desde el prisma del IS se constata la inexistencia de una renta que, sin embargo, sí será advertida si el marco contable de consolidación es el internacional (que carece de norma similar a la expuesta³⁹). Por ello, cuando el dividendo proceda de una participación en cartera mantenida durante menos de un año (es decir, dividendos no excluidos) y no dé lugar a un gasto por impuesto diferido asociado, la Directiva «reclamaría» su gravamen.

Por último, podría plantearse el caso del usufructo de participaciones que se mantienen en el balance del nudo propietario. En la contabilidad nacional el ingreso asociado al dividendo aflora naturalmente en este, y solo lo hace en el usufructuario cuando el dividendo obtenido supera el previamente considerado en la valoración del derecho de usufructo⁴⁰. Si el criterio es diferente en la norma contable relevante en el Pilar Dos, podrían generarse nuevamente situaciones de fricción.

36 Como se apuntó antes, en su caso, debería tenerse en cuenta la posibilidad de que los artículos 11.2 y 15.5 de la Directiva permitan la mitigación de estas fricciones.

37 En el plano internacional, Norma Internacional de Contabilidad 27. En el plano nacional, de acuerdo con las NOFCAF, en principio no existiría diferencia destacable con el resultado tomado en el IS. Así, el procedimiento de puesta en equivalencia que avalan las NOFCAF para las sociedades asociadas y multigrupo (artículo 12) no debería generar una ganancia o pérdida a estos efectos si lo pretendido es el cálculo del resultado individual previo a cualquier ajuste de consolidación. En caso contrario, se acompañaría del ajuste de la renta (artículo 16.1.c.ii) de la Directiva).

38 Apartado 2.6 de la Norma de Registro y Valoración 9ª del Plan General de Contabilidad y artículo 31 de la Resolución de 5 de marzo de 2019 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

39 Una previsión al respecto se incluía en la Norma Internacional de Contabilidad 18 (apartado 32), pero fue eliminada.

40 Artículo 18 de la Resolución de 5 de marzo de 2019 del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas.

3.2. Tipología de rentas

En un segundo estadio, asumida la existencia de la renta, es sabido que el artículo 21.2.1º de la LIS califica como dividendos o participaciones en beneficios los (rendimientos) derivados de los valores representativos del capital o de los fondos propios de entidades. Este planteamiento se alinea con la Directiva, aunque con una diferencia potencialmente relevante: mientras que la LIS otorga prevalencia al criterio jurídico frente al contable, se ha analizado cómo la OCDE identifica una participación en el capital o fondos propios y su titularidad según el criterio contable.

Ambas normativas parecen contemplar el ajuste secundario en operaciones vinculadas que suponga una diferencia a favor del socio. En concreto, la LIS lo califica como una participación en beneficios (artículo 18.11) que es apta para la exención, mientras que tal naturaleza parece compatible también con el tratamiento contable si se atiende a la realidad económica subyacente⁴¹.

Más dudas generan contratos como el préstamo de valores, para el que el artículo 21.2.3º de la LIS otorga prevalencia al análisis económico frente al jurídico y permite al socio económico, no al formal, aplicar la exención. Podría pensarse que este planteamiento encontraría acomodo en el análisis contable (por su vínculo con la imagen fiel y la realidad económica) que extiende la OCDE a esta normativa, de manera que fuera también relevante para la Directiva. No obstante, el hecho de que las particularidades de un repago de dividendos se prevean, en principio, con carácter exclusivamente sectorial plantea la cuestión de su tratamiento general y si es posible que surjan fricciones con el planteamiento del citado precepto de la LIS⁴².

Destaca la descoordinación en relación con los préstamos participativos entre entidades del mismo grupo mercantil. Mientras que la Directiva no altera que los rendimientos asociados tienen la naturaleza de intereses, sí lo hace el esquema de la LIS (artículos 15.a) y 21.2.2º) al disponer su no deducibilidad para la entidad pagadora y su exención para la entidad perceptora. Se observa aquí un elemento que puede alterar de forma significativa el ETR, no cuando prestamista y prestatario se ubiquen en España (pues la situación del grupo se neutralizaría en la jurisdicción), pero sí en casos de préstamos suscritos con una entidad no residente si, por ejemplo, la Directiva «reclama» el gravamen de un interés que la normativa del IS ha eximido *ex lege*. Lo anterior, lógicamente, sin perjuicio de su propio tratamiento sustantivo en materia de asimetrías híbridas.

En cuanto a la configuración de las ganancias o pérdidas de patrimonio excluidas, la triple categoría que establece el artículo 16.1.c) de la Directiva

41 En la normativa contable nacional, por todas, consulta 6 del BOICAC 79.

42 En el caso de las entidades aseguradoras que son titulares formales de participaciones cualificadas por cuenta de tomadores de seguros (por ejemplo, *unit linked*), se advierte la asimetría que supone que la entidad perciba un dividendo excluido pero compute un gasto del mismo importe por su repago a favor de aquellos tomadores (OCDE, 2023, pp. 75-76). Para abordarlo, en el caso específico de las aseguradoras, la nueva redacción de los párrafos 36 y 45 de los comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo indica que el referido gasto debería ser obviado. Se observa así que el enfoque se separa del español, no solo porque se incide en el tratamiento del gasto (no del ingreso), sino también porque se aborda desde un enfoque puramente sectorial.

parece presentar un encaje pacífico en el artículo 21 de la LIS. En primer lugar, por efecto del artículo 10.3 de la LIS, la norma doméstica no contempla el impacto del método de puesta en equivalencia y por ello no regula el ajuste del resultado asociado; ahora bien, puesto que la Directiva lo prevé en todo caso en el ordinal (ii) del precepto, la situación parece alineada y no aflorarían situaciones conflictivas.

En segundo lugar, en ambas normativas se prevé el ajuste de las rentas asociadas a la valoración a mercado de participaciones cualificadas, de forma expresa en el ordinal (i) del artículo 16.1.c) de la Directiva y de forma un tanto peculiar en la LIS⁴³. Por ello, más que vinculadas al concepto, como se verá más abajo, las dudas se plantean respecto al ámbito material del ajuste (definición de participaciones cualificadas en la LIS y en la Directiva).

Por último, el concepto «enajenación de una participación» al que hace referencia el ordinal (iii) de la Directiva debería ser capaz de englobar el resto de las rentas contempladas por el artículo 21.3 de la LIS. A su vez, la baja contable de la participación como circunstancia clave para la identificación de esta enajenación sería un planteamiento compartido tanto por la OCDE como por la base contable que supone el artículo 10.3 de la LIS. Es decir, las fricciones afloran nuevamente en la definición de participación cualificada. Ahora bien, podría destacarse el supuesto de los gravámenes de salida (*exit tax*) exigidos cuando la entidad no altere su personalidad jurídica. En principio, cabe esperar que la contabilidad no registre ninguna renta vinculada a la salida y nada habría que ajustar en la determinación de la ganancia o pérdida admisible. No obstante, si la norma tributaria doméstica lo prevé (así lo hace el artículo 19.1 de la LIS) y ello genera el gravamen de participaciones cualificadas, este impuesto no podría ser computado si es que la renta se considera vinculada bien a una valoración a mercado, bien a una «enajenación» de la participación⁴⁴.

El tratamiento de las rentas negativas asociadas a la participación en entidades requiere un comentario particular. En primer lugar, debe recordarse que la LIS impide en todo caso la deducción del gasto por deterioro contable de estos elementos (artículos 13.2.b) y 15.k) de la LIS). Por su parte, la Directiva no prevé la exclusión del gasto contable por deterioro, aunque sí del que resulte de una valoración a mercado de participaciones cualificadas, que cabría asimilar⁴⁵. Por lo tanto, serían computables tanto el gasto contable por valoración de participaciones cuando sean en cartera como el resultado por impuesto diferido que estas generen en el IS.

43 Como indica SANZ GADEA (2017, p. 34), la exención del resultado positivo por incremento de valor se extrae a partir de una interpretación sistemática derivada de la no deducibilidad de las disminuciones de valor de participaciones cualificadas contemplada en el apartado l) del artículo 15 de la LIS. En todo caso, así lo confirma la Dirección General de Tributos en sus resoluciones V0541-16 y V4476-16.

44 En el ámbito del IS, son varios los precedentes administrativos que admiten su inclusión en la exención del artículo 21 de la LIS (por todas, resoluciones Dirección General de Tributos V3067-16 y V3966-16). Por su parte, pese a contemplar el supuesto del traslado de residencia (de acuerdo con el artículo 4.7 de la Directiva, la entidad que se traslada se considera ubicada en la jurisdicción donde lo estaba al comienzo del ejercicio), la normativa del Pilar Dos no otorga un tratamiento claro a este caso, aunque parece incontrovertido que la renta aflora por valoración a mercado.

45 A partir de varios documentos posteriores (OCDE, 2022c, p. 20; OCDE, 2023, p. 64) se confirma que el ajuste por ganancias o pérdidas de patrimonio excluidas al que hace referencia el artículo

En segundo lugar, en el tratamiento de las minusvalías generadas en la transmisión de la participación, debe tenerse en cuenta que la Directiva permite el cómputo de las asociadas a participaciones en cartera, sin ninguna limitación similar a las establecidas en el artículo 21.7 de la LIS. Es decir, nuevamente la Directiva avala un importe superior de gasto y deberán realizarse las oportunas adaptaciones cuando el tratamiento de la minusvalía no coincida.

Por último, debe destacarse que la Directiva excluye del cómputo las pérdidas asociadas a la enajenación de participaciones que alcanzan el umbral del 10%, sin distinguir el caso en el que la renta negativa del socio proceda de la extinción de la entidad participada⁴⁶. El legislador español sí es sensible a la condición de esta minusvalía como «pérdida final» y permite su deducción en el artículo 21.8 de la LIS, aunque no parece que el legislador internacional lo haya sido. La cuestión entonces es si la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en interpretación del Derecho primario debería impregnar, no solo la normativa doméstica de los Estados miembros, sino también la interpretación de esta Directiva y su transposición en normativas como la española en las que esta deducción de cartera supone la única vía de cumplimiento de la jurisprudencia comunitaria relativa a la importación de pérdidas extranjeras⁴⁷.

Al respecto no resulta claro hasta qué punto la particular posición del TJUE (particular asimismo su recepción en España) debe encontrar acomodo cuando la Directiva no parece contemplar esta situación, aunque también parece dudoso que un enfoque a nivel del grupo y de análisis jurisdiccional obvie totalmente que una filial puede extinguirse con pérdidas pendientes de compensar. La alternativa técnica, cuyo amparo en la Directiva tampoco parece nada claro, pasaría por considerar que los créditos fiscales de una entidad, asociados a estas pérdidas, se entienden íntegramente aplicados en el momento de su extinción en la jurisdicción donde se ubica, incrementando así el gasto por impuesto (numerador del ETR) en dicha jurisdicción.

Si, efectivamente, la deducción del artículo 21.8 de la LIS es calificada como una pérdida de patrimonio excluida por el ordinal (iii) del artículo 16.1.c) de la Directiva, se pondrían de manifiesto las situaciones apuntadas antes. Por un lado, si pese a la obtención de esta minusvalía el resultado de la entidad es positivo y registra gasto por impuesto corriente, recuérdese cómo la OCDE concede la alternativa de no excluir las ganancias y pérdidas de patrimonio en la jurisdicción, pero descarta que el gasto por IS pueda incrementarse por el efecto

3.2.1.c) de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, p. 16), incluye los gastos por deterioro y sus reversiones (*impairment losses and any reversals of impairment*) relativos a participaciones cualificadas. Cabe entender que este mismo tratamiento debería extenderse al artículo 16.1.c) de la Directiva, dando lugar a la referida asimilación; en concreto, esto implicaría entender que las variaciones del valor razonable (ordinal (i) de este artículo) incluyen también las pérdidas por deterioro. No obstante, nótese cómo, sin embargo, el apartado 6 del mismo artículo 16 hace referencia de forma separada al efecto asociado a la contabilización a valor razonable y al deterioro de valor.

46 Nótese cómo, bajo la LIS, la extinción de la entidad ajena a una operación de reestructuración no es susceptible de aplicar ningún régimen de diferimiento fiscal y por ello no es una «reorganización» del artículo 35.1 de la Directiva.

47 Sobre la naturaleza de este precepto como excepción al régimen de deducibilidad de minusvalías en el artículo 21 de la LIS y su particular vínculo con la jurisprudencia comunitaria, *vid.* ARRIBAS PLAZA (2022, p. 338 y siguientes).

de la deducción de una pérdida excluida⁴⁸. Está por ver si el legislador español acogerá esta opción, toda vez que la exclusión de la renta sería imperativa en el citado artículo de la Directiva. Por otro lado, si en el ejercicio la entidad ha obtenido un resultado negativo, el ingreso por impuesto diferido asociado debería minorarse pues no debería incluir esta renta (artículo 22.5.a) de la Directiva)⁴⁹.

3.3. Categorización de las participaciones

Tal y como el artículo 21 de la LIS dispone la exención de dividendos y plusvalías bajo ciertos requisitos, se ha analizado cómo la Directiva regula la exclusión general de estas rentas pero la descarta en algunos casos. Expuesta la diferencia de enfoque, procede profundizar en los detalles.

Se apuntó al comienzo la idea de que ambas normativas regulan este ajuste cuando se identifica una participación sustantiva en otra entidad con el aparente propósito de corregir la doble imposición económica asociada a las referidas rentas. La cuestión es que no están totalmente alineadas las circunstancias concretas en las que uno y otro legislador identifican la situación que justifica el trato fiscal específico, ni tampoco la manera en la que estas deben ser examinadas.

En primer lugar, debe constatarse que la Directiva se limita al enfoque del socio (porcentaje de participación, mantenimiento de un año), mientras que en el ámbito transfronterizo la normativa española agrega a lo anterior el examen de la sujeción impositiva de la entidad participada (artículo 21.1.b) de la LIS). En consecuencia, en caso de denegación de la exención en el IS por incumplimiento de este requisito de tributación, el gravamen asociado será obviado cuando haga referencia a una renta excluida por la Directiva. Lo anterior no deja de ser llamativo toda vez que el (teórico) bajo nivel de gravamen de la entidad participada⁵⁰ presenta un impacto particularmente perverso para el contribuyente, en forma de gravamen efectivo del dividendo o plusvalía en su IS que, sin embargo, no es computado en el ETR del grupo en la jurisdicción española.

Procede recordar también el trato asimétrico que prevé la Directiva en las dos tipologías de renta analizadas, pues si bien las participaciones inferiores al 10% pero mantenidas durante al menos un año generan dividendos excluidos, las ganancias y pérdidas de patrimonio asociadas a dichas participaciones no serían rentas excluidas. Esta configuración se diferencia de la LIS, donde estas dos exigencias (porcentaje y mantenimiento), aunque con matices en su incidencia práctica, son requeridas en relación con ambas rentas. En particular cabe destacar la incidencia del periodo de mantenimiento de un año, toda vez

48 Los nuevos párrafos 57.1 y 57.2 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo (OCDE, 2023, pp. 61-64) disponen un criterio claro: «Absent this election, no adjustment attributable to such losses shall be made to the ETR computation».

49 Ejemplo recogido en el párrafo 73 de los Comentarios al artículo 4 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, p. 101).

50 Teórico por cuanto un análisis detallado del requisito de tributación del artículo 21.1.b) de la LIS pone de manifiesto la irrelevancia conceptual del gravamen efectivo de la entidad participada (ARRIBAS PLAZA, 2022, pp. 288-289).

que la LIS lo plantea siempre de forma cumulativa al umbral de participación, mientras que la Directiva lo hace de forma alternativa y solo para los dividendos.

Una de las diferencias más llamativas es el porcentaje de participación que permite advertir una participación cualificada: 10% en la Directiva y 5% en la LIS. Se trata de una discrepancia de mero carácter político en la fijación del umbral relevante, explicada respectivamente por el acuerdo internacional en la OCDE (que se alinea con la Directiva 2011/96, de 30 de noviembre –adelante, Directiva Matriz-Filial–) y por el objetivo de promover la internacionalización de la economía española⁵¹. Con independencia del motivo que justifique el mantenimiento de esta diferencia, se advierte la existencia de un rango de participación (entre el 5% y el 10%) para el que la Directiva otorga un tratamiento por ejemplo, "exigencia" de gravamen para las rentas positivas, cómputo de las rentas negativas) que no coincide con la neutralidad de la LIS y, por ello, aflora situaciones en las que procederán los ajustes indicados arriba.

Fricciones de sentido opuesto aparecen, por ejemplo, si la LIS descarta la exención por exigir una participación indirecta del 5% que el socio en cuestión no alcanza, toda vez que este enfoque indirecto no encuentra símil en la Directiva. Como es sabido, el artículo 21 de la LIS dispone un planteamiento en el tercer párrafo de su apartado 1.a) que exige esta participación indirecta bajo particulares circunstancias objetivas en las que el legislador parece identificar la existencia de una entidad interpuesta con el ánimo esencial de alcanzar el porcentaje cualificado. Ni las Reglas Modelo ni la Directiva replican este planteamiento normativo, ni el criterio de los Comentarios parece otorgarle una incidencia material en este ámbito. Cuestión distinta, como siempre, es la posible incidencia de reglas generales antiabuso que aborden este tipo de estrategias, seguramente mejor que el citado precepto⁵². En este sentido no puede dejar de destacarse cómo, desde el momento en el que los Estados miembros disponen de un estándar mínimo obligatorio para la norma general antiabuso en materia de fiscalidad corporativa (artículo 6 de la Directiva 2016/1164, de 12 de julio), y parece pacífico que este impuesto global mínimo implica el gravamen de las entidades, en principio cabría esperar una respuesta homogénea por parte de las Administraciones tributarias europeas.

Se advierten también otras diferencias más sutiles. Así, por ejemplo, el artículo 21 de la LIS permite el cómputo de la participación directa e indirecta mantenida en la entidad participada, pero la Directiva guarda silencio⁵³. Igualmente, mientras que el artículo 21 de la LIS exige exclusivamente una participación del 5% en el capital (o fondos propios) de la entidad⁵⁴, en la Directiva el referido porcentaje del 10% debe alcanzar cumulativamente el derecho a los beneficios, el capital, las reservas y los derechos de voto, pues de lo contrario se identifica una participación en cartera. También se aprecian diferencias en

51 Exposición de motivos de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

52 Respecto al análisis y crítica del tercer párrafo del artículo 21.1.a) de la LIS y el requisito de participación indirecta, *vid.* DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA (2022, pp. 190 y siguientes) y ARRIBAS PLAZA (2022, pp. 254 y siguientes).

53 Si bien el artículo 21.1.a) de la LIS emplea una conjunción disyuntiva («participación directa o indirecta»), se entiende necesariamente que el cómputo es cumulativo y la conjunción debería ser copulativa (DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, 2022, p. 128).

54 Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2020 (ECLI: ES:TS:2020:1906).

el momento clave para el análisis de este umbral en un dividendo: su exigibilidad en la LIS, la fecha de su distribución en la Directiva. Además, a diferencia de la LIS, la Directiva no prevé la subrogación en el periodo de mantenimiento de otras entidades del grupo ni el cumplimiento del año tras el abono del dividendo.

Las diferencias alcanzan al propio enfoque de análisis. Por un lado, en la LIS la participación se analiza de forma individual⁵⁵ (salvo que el contribuyente sea el grupo de consolidación fiscal⁵⁶), mientras que, según se expuso, en línea con la configuración del grupo como una sola unidad económica, el porcentaje del 10% debe analizarse a nivel del propio grupo en la Directiva. Por otro lado, mientras que en el mantenimiento durante un año la OCDE plantea el análisis de participaciones concretas que puede determinar una exclusión parcial del dividendo, el enfoque en la LIS es unitario y atiende a la posición del socio⁵⁷. También es destacable que en ambos casos es la doctrina administrativa y no la norma sustantiva la que dispone sin amparo normativo un criterio para identificar las participaciones que se entienden cedidas, aunque este no coincide⁵⁸.

Al hilo de las diferencias identificadas puede plantearse una reflexión final. En principio, ningún argumento de peso ampara al contribuyente que observa cómo esta Directiva «demanda» el gravamen de dividendos o plusvalías procedentes de participaciones que, sin embargo, son aptas para la exención de la LIS. Ahora bien, centrado el foco sobre los dividendos, ¿podría ello suponer un gravamen indirecto de los mismos que resulte contrario a la Directiva Matriz-Filial, cuando esta les concede sus beneficios pero al mismo tiempo no son excluidos del gravamen mínimo que «demanda» la Directiva del Pilar Dos? Si bien la cuestión es más propia del Derecho de la UE que de la interacción con la LIS, y quizás la efectiva existencia de un gravamen indirecto podría ser discutible al tratarse de un impuesto mínimo de enfoque jurisdiccional, merece la pena el análisis detenido de la cuestión distinguiendo dos supuestos.

Por un lado, existirían dividendos cuya doble imposición económica debe corregir la sociedad matriz de acuerdo con la Directiva Matriz-Filial respecto de los que, sin embargo, la nueva Directiva descarta claramente su exclusión y al mantenerlos en el resultado admisible genera el potencial gravamen indirecto por la vía del impuesto mínimo. En este escenario se plantearía el caso, por ejemplo, de una participación en el 10% del capital de una entidad residente en otro Estado miembro, pero que otorga un porcentaje inferior de derechos de voto⁵⁹. Si antes de que transcurra el año la sociedad tenedora de esta participación percibe un dividendo, el artículo 4.1 de la Directiva Matriz-Filial demandaría su neutralización (mediante exención o imputación), pero el artículo 16.1.b) de la Directiva negaría su exclusión por provenir de una participación en cartera.

55 Resolución de la Dirección General de Tributos 0012-97.

56 Resoluciones de la Dirección General de Tributos V4193-16 y V5010-16.

57 ARRIBAS PLAZA (2022, pp. 244-245).

58 En el Pilar Dos aplicaría el criterio LIFO según el párrafo 43 de los Comentarios al artículo 3 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, p. 52). En el caso de la LIS sería el criterio FIFO de acuerdo con la resolución de la Dirección General de Tributos V0447-16.

59 Se asume la irrelevancia del criterio de la participación en los derechos de voto y del mantenimiento de la participación, pese a que sí podrían ser relevantes de acuerdo con el artículo 3.2 de la Directiva Matriz-Filial.

Bajo el principio *lex posterior derogat legi priori*⁶⁰ cabría entender que el Derecho derivado ha matizado (o más bien cercenado) el derecho de la sociedad matriz que se encuentre en el ámbito de esta Directiva a corregir la doble imposición económica de este dividendo. Así aun cuando finalmente la participación se mantenga durante un año, en especial si es que como parece, a diferencia de la Directiva Matriz-Filial, el requisito de mantenimiento en el Pilar Dos que consagra la Directiva tiene carácter descriptivo y no se contempla con una finalidad antielusiva⁶¹.

Por otro lado, podrían existir dividendos amparados por la Directiva Matriz-Filial cuyo tratamiento no es claro en la Directiva, de manera que la exigencia de gravamen mínimo se desprendería realmente de un criterio interpretativo de la OCDE. En este escenario podría plantearse el caso de una entidad con una participación del 10% (en todos los derechos políticos y económicos) que adquiere una participación adicional representativa de un porcentaje inferior, y que recibe un dividendo antes de que transcurra el año. Se ha expuesto que el criterio de la OCDE podría conducir al gravamen mínimo de la parte del dividendo que se corresponda con el porcentaje adicional adquirido (enfoque objetivo o «por carteras»), si es que su criterio de análisis para participaciones en cartera se extiende también a las que alcanzan el umbral del 10%⁶². Ello contrastaría con el hecho de que la perceptora cumple la definición de sociedad matriz del artículo 3.1.a) de la Directiva Matriz-Filial y por ello debe corregir la doble imposición económica de los dividendos que reciba (enfoque subjetivo o vinculado a la condición de socio).

La cuestión aquí es si la exigencia de gravamen mínimo por la parte del dividendo asociado a las «nuevas participaciones» encontraría amparo suficiente en la Directiva, en cuyo caso debería reputarse válido por lo expuesto, o si dicho gravamen se vincularía en su caso a un criterio de la OCDE que debería ser descartado por no ser coherente «con el Derecho de la Unión» (considerando 24 de la Directiva) al suponer el gravamen indirecto de un dividendo amparado por la Directiva Matriz-Filial. Parece más correcto lo segundo: constatado el umbral del 10% del primer guion del artículo 16.1.b).i) de la Directiva, en realidad sería

60 Al igual que el AG Jääskinen (conclusiones presentadas el 29 de abril de 2010, ECLI:EU:C:2010:235, párrafo 28) y el AG Wathelet (conclusiones presentadas el 27 de enero de 2016, ECLI:EU:C:2016:52, párrafos 52 y 57) citan este principio en el ámbito del Derecho primario, parece razonable plantear su incidencia en el Derecho derivado.

61 En su sentencia de 17 de octubre de 1996 (ECLI:EU:C:1996:387), el TJUE mantuvo que la posibilidad de establecer un requisito de mantenimiento de hasta dos años (actual artículo 3.2.b) de la Directiva Matriz-Filial) se justifica en el objetivo de «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, y sin que tales participaciones vayan a ser duraderas». De ahí que, constada la inexistencia de abuso cuando la participación se mantiene, no resulta justificada la denegación de la corrección de la doble imposición económica. Este planteamiento justifica el cumplimiento *a posteriori* del requisito de participación en el artículo 21 de la LIS (sentencias del TS de 20 de febrero de 2007, ECLI:ES:TS:2007:1119, y de 16 de febrero de 2011, ECLI:ES:TS:2011:1777). Ahora bien, no es claro que este planteamiento aparezca también en el Pilar Dos (que simplemente lo dispone como un criterio de incidencia asimétrica), por lo que difícilmente podría argumentarse a favor de un matiz que no encuentra amparo en la Directiva.

62 Se ha destacado antes que los tres ejemplos relativos al artículo 3.2.1.b) de las Reglas Modelo concluyen que solo es apto para la exclusión la parte del dividendo asociado a participaciones mantenidas durante un año (OCDE, 2022b, pp. 23-24). Ahora bien, nótese que se trata de ejemplos relativos a participaciones que no alcanzan el umbral del 10%.

una cuestión interpretativa considerar que una parte del dividendo se percibe «en relación con» una participación que no lo alcanza. Por lo tanto, si se admite que la Directiva ofrece varias interpretaciones al respecto, no debería avalarse una que vulnera los derechos concedidos por la Directiva Matriz-Filial.

3.4. Importe exento

Mención separada merecen las implicaciones asociadas a la limitación del artículo 21.10 de la LIS. Como es sabido, este precepto dispone que, a los efectos de aplicar la exención, el importe de las rentas aptas para la misma se reducirá en el 5% en concepto de gastos de gestión de la participación.

Son muchas las dudas que genera esta compleja configuración de la limitación a la exención, así que, como cabía esperar, estas también aparecen en el análisis de su interacción con la Directiva. En todo caso, la *quaestio iuris* vuelve a ser esencialmente la misma: ¿esta limitación supone que el 5% del dividendo o plusvalía genera un gasto por IS que debe ser ajustado cuando se refiera a rentas excluidas por la Directiva, o la exención sigue siendo plena y el importe excluido de la exención no genera realmente ningún gasto por IS por lo que ningún importe debe ajustarse?

Como decimos, si no es unánime la caracterización de esta regla del artículo 21.10 de la LIS⁶³, difícilmente lo será su tratamiento en el seno de la Directiva. Ahora bien, asumiendo, con apoyo en parte de la doctrina, que lo regulado es la base de cálculo de una exención que sigue siendo conceptualmente plena⁶⁴, parece que no sería identificable un gasto por impuesto directamente asociado a esta limitación del 5%. Así por cuanto el citado importe se mantiene en la base imponible del IS por estar llamado a ser compensado con gastos deducibles asociados a la renta exenta, por lo que resultaría artificial considerar que el 5% excluido de la exención genera como tal una renta de este importe cuyo gasto por IS es reflejado en la contabilidad. Es evidente que el cálculo más correcto pasaría por identificar los gastos reales vinculados al dividendo o plusvalía exento, para así determinar con exactitud si existe o no un gasto por IS asociado a la renta que la Directiva excluye. El problema es que, como se ha analizado, el criterio de la OCDE rechaza tomar en consideración los gastos asociados, tanto en la determinación del resultado como en el ajuste del gasto por impuesto que

63 Baste a estos efectos recordar cómo el citado precepto hace referencia al importe del dividendo o plusvalía apto para la exención, mientras que la exposición de motivos de la Ley 11/2020 menciona su objetivo de «prever que los gastos de gestión referidos a tales participaciones no sean deducibles del beneficio imponible del contribuyente, fijándose que su cuantía sea del 5 por ciento del dividendo o renta positiva obtenida, de forma que el importe que resultará exento será del 95 por ciento de dicho dividendo o renta».

64 SANZ GADEA (2021, p. 29); CALDERÓN CARRERO Y QUINTAS SEARA (2021, p. 396); ARRIBAS PLAZA (2022, pp. 176-181). En su apoyo cabe citar las resoluciones de la Dirección General de Tributos VI154-21 y V3204-21, en las que se confirma que el artículo 21.10 de la LIS no incide en la práctica de retenciones (tanto en el régimen general –artículo 128.4.d) de la LIS– como en el régimen especial de entidades de tenencia de valores extranjeros –artículo 108.1.c) de la LIS–), lo cual solo se explica si los dividendos son rentas exentas por el artículo 21.1 de la LIS.

grava rentas excluidas⁶⁵. Por lo tanto, plausibles solo las posturas extremas (identificar el artículo 21.10 de la LIS con un gravamen efectivo del 5% excluido de la exención o descartar que este artículo genere un gravamen material a los presentes efectos), pese al criterio contable⁶⁶, parece bastante más adecuada la segunda opción⁶⁷.

Es cierto que en otros ámbitos, destacadamente la transparencia fiscal internacional del artículo 100 de la LIS (en adelante, TFI), el impacto de este artículo 21.10 podría tomar derroteros diferentes. Ahora bien, ello sería consecuencia del diferente enfoque de una u otra normativa: mientras que el régimen de TFI se centra en el impuesto «efectivamente satisfecho» permitiendo el análisis del impacto de los gastos reales asociados, el planteamiento de la OCDE en el Pilar Dos es diferente y más simplificado desde el momento en el que, si bien toma en consideración una integración parcial de rentas, ha decidido obviar la incidencia de los gastos asociados⁶⁸.

Nótese que lo anterior hace referencia al ámbito de coincidencia, es decir, a dividendos y plusvalías aptos para la exención del artículo 21 de la LIS y para el ajuste del resultado en el seno de la Directiva. Ahora bien, respecto a las rentas aptas para la exención doméstica pero no para su calificación como rentas excluidas (por ejemplo, plusvalías asociadas al umbral de participación entre el 5% y el 10%), parece pacífico que ningún ajuste al gasto por impuesto deberá realizarse.

65 Párrafo 45 de los Comentarios al artículo 3 y párrafo 10 de los Comentarios al artículo 4 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, pp. 52 y 88 respectivamente).

66 La consulta 1 del BOICAC 128 apunta al registro de un pasivo por impuesto diferido en las cuentas consolidadas derivado de la incidencia del artículo 21.10 de la LIS cuando concurra una propuesta de aplicación del resultado. Ahora bien, tampoco puede obviarse que dicho criterio se dispone «en la medida que exista una diferencia temporaria con incidencia en la carga tributaria futura», cuestión que como decimos no resulta axiomática.

67 Lo inadecuado del planteamiento contrario se advierte con ejemplos simplificados en los que el único ingreso percibido por una sociedad española sea un dividendo exento. En primer lugar, si registra gastos que alcanzan el 5% del dividendo, su gasto por IS es nulo; ahora bien, si se considera que el artículo 21.10 de la LIS genera axiomáticamente un gravamen del 1,25% (5%*25%), esta entidad reduciría el numerador del ETR en la jurisdicción española aun cuando no es cierto que el dividendo haya sido gravado. En segundo lugar, si registra gastos que superan el 5% del dividendo, su gasto corriente por el IS será también nulo pero el importe que exceda el 5% generará un resultado negativo a compensar en el futuro y el consiguiente ingreso por impuesto diferido. En este caso, el importe que realmente debería minorar el ETR del grupo por reducir sus impuestos futuros es el relativo a la diferencia con el 5%; si, por el contrario, se incluye también la propia limitación del artículo 21.10 de la LIS, el impacto en el ETR se desnaturaliza nuevamente. Es cierto que, en el tercer y último ejemplo en el que los gastos registrados no alcancen el 5% del dividendo, en términos materiales este está soportando un gravamen efectivo cuyo importe concreto dependerá del importe real de dichos gastos. Ahora bien, como se ha indicado, se ha renunciado a tomarlos en consideración.

68 El citado párrafo 10 de los Comentarios al artículo 4 de las Reglas Modelo (OCDE, 2022a, p. 88) finaliza con la siguiente indicación: «*Note that if an item of income is partially excluded from GloBE Income or Loss, paragraph (a) shall apply only to the extent of the excluded portion*». La cuestión es que, a diferencia de los supuestos de cumplimiento parcial de los requisitos del artículo 21 de la LIS (por ejemplo, incumplimiento parcial del requisito de tributación que regula el apartado 3 de la norma), el artículo 21.10 no da lugar a una aplicación parcial de la exención, pues de hecho incide respecto a las rentas a las que resulte de aplicación la exención. Sobre el impacto del artículo 21.10 de la LIS en el régimen de TFI, *vid.* ARRIBAS PLAZA (2022, pp. 207 y siguientes).

3.5. Breves reflexiones sobre una posible «adaptación» de la LIS

Aunque sea por la vía de la exigencia de un gravamen mínimo, en su condición de normativa potencialmente armonizadora, no es descartable que el planteamiento del Pilar Dos que positiviza la Directiva influya en los legisladores domésticos. De hecho, diferencias como las expuestas en los apartados anteriores podrían suscitar en el legislador del IS la posibilidad de alinear la configuración del artículo 21 de la LIS con el ámbito del ajuste previsto en la Directiva.

La primera cuestión sobre la que debería reflexionarse es la misma oportunidad de esta «adaptación». Por un lado, algunas de las diferencias son llamativas y pueden derivar en la necesidad de practicar los correspondientes ajustes, sin duda fuente de complejidad en la práctica. Ahora bien, tampoco puede perderse de vista que la Directiva tiene un ámbito concreto de aplicación y que las decisiones de política legislativa que recoge la LIS no parecen quedar arrumbadas por la misma existencia del Pilar Dos.

Entrando en el detalle, el primer comentario haría referencia a la configuración del requisito de participación en el artículo 21.1.a) de la LIS. Podría pensarse que esta adaptación se limitaría a la elevación del porcentaje de participación cualificado del 5% al 10%. Ahora bien, se ha puesto de manifiesto que son numerosas las diferencias con la Directiva, algunas de las cuales redundarían en una reducción del ámbito de la exención doméstica (por ejemplo, la citada elevación del umbral de participación), mientras que otras tendrían el efecto contrario (por ejemplo, el análisis de la participación a nivel del grupo y no a nivel individual, o la eliminación de un requisito de participación indirecta). Por otro lado, existirían aspectos que el legislador español no podría alterar de forma general (por ejemplo, el cómputo *a posteriori* del periodo de tenencia respecto a dividendos amparados por la Directiva Matriz-Filial pero no afectados por la Directiva).

Respecto al requisito de tributación del artículo 21.1.b) de la LIS, se ha planteado la posible oportunidad para su derogación, toda vez que el acuerdo internacional ya asegura un gravamen mínimo de los beneficios operativos a un tipo efectivo (15%) superior al tipo nominal que a día de hoy parece satisfacer al legislador español (10%)⁶⁹. Ciertamente es que, de mantenerse, este requisito seguiría aspirando a asegurar el gravamen subyacente de dividendos o plusvalías de entidades pertenecientes a grupos ajenos al Pilar Dos; por ello, quizás una modificación razonable pasaría por fijar su cumplimiento *iuris et de iure*, no solo en los escenarios convencionales, sino también respecto de la participación en entidades que estén afectadas por el impuesto global mínimo.

Por último, podría plantearse la derogación de algunas reglas especiales en el artículo 21 de la LIS, tanto relativas al tratamiento de rentas positivas como negativas, teniendo en cuenta que las mismas no aparecen en la regulación internacional. En numerosas ocasiones estas reglas conducen a la tributación de rentas excluidas por la Directiva de manera que el grupo soporta un gravamen que, al resultar irrelevante para su ETR, se agregaría al que soporta bajo el Pilar Dos. Si ello se interpreta como un resultado opuesto al principio constitucional

69 ARRIBAS PLAZA (2022, p. 557); SANZ GADEA (2022, ap. IX.2).

de capacidad económica (que también debería inspirar la transposición de la Directiva desde el momento en el que esta se traduce en un impuesto español, aunque desde la particular posición del grupo de sociedades), se añadirían motivos a favor de la idoneidad de esta derogación. En todo caso, en un plano separado se situaría el caso particular del artículo 21.8 de la LIS dado su rol de norma que aspira a asegurar la compatibilidad de la LIS con el Derecho primario de la UE.

4. Conclusiones

Entre los ajustes al resultado contable previstos en la normativa del Pilar Dos, el relativo a los dividendos y plusvalías podría haber sido uno de los que mayor consenso haya suscitado en el seno de la OCDE. El hecho de que los ordenamientos tributarios suelen disponer de mecanismos para la corrección de la doble imposición económica, unido a la generalización del método de exención, habrá facilitado seguramente el acuerdo en este punto. Ante un proyecto tan complejo (que por ello demanda simplicidad) y que asegura un gravamen mínimo del beneficio operativo (lo que justifica la neutralidad impositiva a nivel del socio), la opción del ajuste directo del resultado contable (traslación a este ámbito del método de exención como ajuste a la base imponible) parece sin duda una decisión adecuada.

Cuestión diferente son los detalles que rodean la configuración de este ajuste, en primer lugar por el marcado contenido político que estos tienen. Incluso asumida como cuestión de principio la necesidad de otorgar un trato específico a dividendos y plusvalías, perfectamente podría pensarse en dos planteamientos antagónicos en la mesa de negociación de la OCDE: el de una jurisdicción que considera que el gravamen de estas rentas genera siempre una doble imposición económica que debe ser evitada a toda costa, mientras que otra jurisdicción considera que el descrito es un efecto económico inexorable debido a la yuxtaposición de personas y ordenamientos tributarios. Desde este prisma, el contenido de las letras b) y c) del artículo 16.1 de la Directiva debe alabarse como el fruto de un complejo acuerdo multinacional en una época en el que parece particularmente complicado alcanzar consensos.

Dicho lo anterior, no pueden obviarse las dudas que genera tanto la aplicación práctica de estos ajustes como la interacción con la normativa tributaria doméstica. Respecto a lo primero, destaca la cantidad de apuntes y matices que la OCDE ha publicado hasta la fecha, aun cuando seguramente sean insuficientes para aclarar todas las dudas prácticas que se generarán en el futuro cercano. Respecto a lo segundo, en este breve estudio únicamente se han planteado algunas cuestiones vinculadas a la interacción con la exención del artículo 21 de la LIS, lo cual supone nada más que una pequeña muestra de las dudas que se generan solamente en relación con el impuesto español.

Repárese ahora en el número de jurisdicciones potencialmente afectadas, pues alcanza las tres cifras, y en que estas líneas se han preparado en ausencia de propuesta de transposición en España. Son momentos apasionantes para los que nos dedicamos a la fiscalidad.

5. Bibliografía

ARNOLD, B.J. (2022): «The Ordering of Residence and Source Country Taxes and the OECD Pillar Two Global Minimum Tax», *Bulletin for International Taxation*, volumen 76 (mayo).

ARRIBAS PLAZA, D. (2022): *La exención de dividendos y plusvalías en el Impuesto sobre Sociedades y en el Impuesto sobre la Renta de No Residentes*, Madrid, Ed. La Ley, 2022.

CALDERÓN CARRERO, J.M. y QUINTAS SEARA, A. (2021): *Fundamentos de las medidas para la eliminación de la doble imposición internacional*. Monografías nº12. AEDAF.

CHRISTIANS, A. y DINIZ, T. (2022): «Undertaxed profits and the Use-It-or-Lose-It Principle», *Tax Notes International*, volumen 108 (noviembre).

DE LA CUEVA GONZÁLEZ-COTERA, Á. (2022): *La exención de los dividendos de fuente extranjera en el Impuesto sobre Sociedades*, Ed. Aranzadi.

DZIURDZ, K. y MARCHGRABER, C. (2022): «GloBE: Why a Nominal Tax Rate of More Than 15% Might Not Be Enough», *Bulletin for International Taxation*, volumen 76 (noviembre).

MARTÍNEZ LAGUNA, F.D. (2023): "La Directiva 2022/2523 en materia de imposición mínima societaria", *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, número 94 (enero).

OCDE (2022a): *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, OCDE, Paris. Disponible en <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two-commentary.pdf>. (Consulta: 27 de abril de 2023).

OCDE (2022b): *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy - Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two) Examples*, OCDE, Paris. Disponible en <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two-examples.pdf>. (Consulta: 27 de abril de 2023).

OCDE (2022c): *Safe Harbours and Penalty Relief: Global Anti-Base Erosion Rules (Pillar Two), OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*, OCDE, Paris. Disponible en <http://www.oecd.org/tax/beps/safe-harbours-and-penalty-relief-global-anti-base-erosion-rules-pillar-two.pdf>. (Consulta: 27 de abril de 2023).

OCDE (2023): *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy - Administrative Guidance on the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, OCDE, Paris. Disponible en <https://www.oecd.org/tax/beps/agreed-administrative-guidance-for-the-pillar-two-globe-rules.pdf> (Consulta: 20 de abril de 2023).

SANZ GADEA, E. (2017): «El Impuesto sobre Sociedades en 2016», *Revista de contabilidad y tributación. CEF*, número 408 (marzo).

SANZ GADEA, E. (2021): «El Impuesto sobre Sociedades en 2020», *Revista de contabilidad y tributación. CEF*, número 458 (mayo).

SANZ GADEA, E. (2022): «Propuesta de Directiva sobre tributación mínima global», *La Ley Unión Europea*, número 102 (abril).