

**Redacción Aranzadi:** Iker Roldán Aguirre (Abogado)  
e-mail: [iker.roldan@thomsonreuters.com](mailto:iker.roldan@thomsonreuters.com)  
Camino de Galar, 15 - 31190 - Cizur Menor (Navarra)  
Tel.: (948) 297273 FAX: (948) 280315

### INTRUCCIONES PARA PUBLICAR EN LA REVISTA

Los trabajos destinados a la sección de Estudios y notas, y a las demás secciones (opinión profesional, análisis de legislación, análisis de jurisprudencia, fiscalidad europea, práctica fiscal, fiscalidad internacional, contabilidad) deberán ser originales e inéditos.

Los originales se enviarán escritos en Microsoft Word, preferentemente por correo electrónico a la dirección [iker.roldan@thomsonreuters.com](mailto:iker.roldan@thomsonreuters.com), o bien al Director o al coordinador de la revista. Podrán también enviarse en un archivo en disquete, junto con una copia en papel.

Los originales deben ir acompañados de una lista de palabras clave y un sumario, al que precederá un resumen de entre 5 y 10 líneas, que destaque las principales aportaciones. El resumen deberá traducirse al inglés, y se aconseja también su traducción al francés.

En los **estudios y notas** se procurará no sobrepasar las 20 páginas a doble espacio en DIN 4 (Times New Roman tamaño 12). Todas las notas irán a pie de página, numeradas mediante caracteres arábigos, siguiendo los criterios generales de cita: nombre del autor, título del libro o del artículo (en este caso seguido del nombre de la revista), tomo o número de la revista, editorial, año y página(s). Las referencias textuales de frases o párrafos de trabajos de otros autores o de documentos irán entrecuadradas, sin cursiva. En las **opiniones profesionales** se procurará no superar las 4 páginas. En las demás secciones se recomienda no superar las 12 páginas.

Además de en notas al pie de página las **citas bibliográficas** realizadas deberán ser recopiladas al final del artículo ordenadas alfabéticamente por el primer apellido del autor y seguidos el resto de datos ya mencionados.

Para su publicación, los trabajos deberán ser informados favorablemente por dos especialistas externos designados por el Consejo, valorándose el rigor, claridad, metodología y originalidad de las aportaciones. Se garantiza el anonimato de este proceso. Los autores recibirán una comunicación que contendrá el resultado de la evaluación, indicándose las razones para la aceptación, revisión o rechazo de sus trabajos. Los autores de los trabajos aceptados para su publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta.

Los autores deberán ceder por escrito a la editorial sus derechos de reproducción.

2

Revista incluida en



Quincena Fiscal, Revista de Actualidad Fiscal • Depósito Legal 1914/1992 • ISSN 1132-8576 • EDITORIAL ARANZADI, SA – Dirección y Administración: Camino de Galar, 15 - 31190 Cizur Menor (Navarra).

QUINCENA FISCAL no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen.

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Aranzadi, SA.

# El *ballooning* en la tributación de dividendos

## Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal de 12 de octubre de 2010

Quincena Fiscal 19  
Noviembre I - 2011  
págs.: 51 a 56

FALTA FOTO

MARÍA EUGENIA SIMÓN YARZA  
*Investigadora en formación*

**RESUMEN:** El Tribunal Constitucional Alemán se plantea la constitucionalidad de la norma del Impuesto sobre Sociedades que estima a tanto alzado los gastos no deducibles vinculados a los dividendos internos exentos, método objetivo instaurado para corregir el abuso mediante la práctica del *ballooning*. En el caso en cuestión, el gasto estimado según la norma del impuesto multiplica por veinte el gasto real, en perjuicio del contribuyente. La norma es evaluada tanto desde la perspectiva del principio de igualdad como del principio de capacidad contributiva y del mandato de coherencia. La fundamentación jurídica de la sentencia, que desestima la impugnación, es, en líneas generales, aceptable, aunque podría haber sido más exigente extrayendo consecuencias del mandato de coherencia.

**PALABRAS CLAVE:** Impuesto sobre Sociedades, tributación de dividendos, doble imposición, exención, gastos deducibles, neutralidad fiscal, principio de igualdad, principio de capacidad contributiva, mandato de coherencia.

**ABSTRACT:** The German Constitutional Court analyses the non-deductibility of expenses related to exempt domestic dividends at a flat rate in the Corporate Tax, in order to avoid the practice of *ballooning*. In the particular case, the estimated expenses amount to twenty times the actual expenditure to the detriment of the taxpayer. The provision is not only regarded from the perspective of the principle of equality but also from those of ability to pay and term consistency. The Court decision, rejecting the appeal, is broadly acceptable although it could have been more demanding as regards the implications that derive from the mandate of consistency.

**KEYWORDS:** Corporate Tax, dividends taxation, double taxation, exemption, tax-deductible expenses, tax neutrality, equality principle, payment capacity principle, coherence command.

51

Fecha recepción original: 20 de septiembre de 2011

Fecha aceptación: 26 de septiembre de 2011

## Comentario

El 12 de octubre de 2010 el Tribunal Constitucional alemán se pronunció sobre una cuestión de inconstitucionalidad relativa al modo de calcular los gastos vinculados a la obtención de dividendos internos que no son deducibles de la base del Impuesto sobre Sociedades (*Körperschaftsteuergesetz: KStG*). El recurso se planteó a partir de un supuesto que revela que la legislación alemana no garantiza la relación cuantitativa entre gasto real satisfecho para obtener los dividendos y la imputación de este gasto que hace la ley. Tal vez esta cuestión esté en la base de futuras modificaciones normativas, con incidencia no sólo sobre la tributación de los dividendos internos, sino también sobre el gravamen de los dividendos que proceden de otros países de la Unión Europea.

La corrección de la doble imposición de los dividendos es una medida que se ha aplicado durante años en el ordenamiento jurídico alemán. Hasta el año 2000, y en relación con los dividendos de fuente interna, se siguió el sistema de doble tipo que, en sus líneas fundamentales, consistía en el establecimiento de dos tipos de gravamen en el Impuesto sobre Sociedades. Uno superior, correspondiente a los beneficios no distribuidos, y otro inferior, que se aplicaba sobre las rentas obtenidas que se repartían a los socios. Las personas físicas que percibían dividendos debían tributar por ellos en su Impuesto sobre la Renta. Las sociedades, por su parte, estaban obligadas soportar una imposición suplementaria (*nachsteuer*) sobre los dividendos percibidos que destinasen a reservas, consistente en una obligación tributaria cuyo tipo de gravamen era igual a la diferencia entre el tipo aplicable a los beneficios no distribuidos y el tipo correspondiente a los dividendos. Así se evitaba la creación de sociedades para eludir impuestos.

El régimen de los dividendos internacionales siguió un curso distinto, cuyo desarrollo nos interesa conocer para comprender mejor el problema que se plantea en la cuestión de inconstitucionalidad que es objeto de nuestro análisis.

Hasta 1993, los dividendos de fuente exterior tributaban en el Impuesto sobre Sociedades, pero ese año, coincidiendo con la apertura de las fronteras físicas entre los países de la UE, el legislador alemán declaró la exención de los dividendos de origen extranjero. La medida se estableció con la finalidad de fomentar la constitución de sociedades *holding* en Alemania. Si los dividendos internacionales no tributaban, los gastos vinculados a esos ingresos tampoco debían ser deducidos en el cálculo del Impuesto. Lo contrario habría supuesto la concesión de bonificaciones fiscales al resto de las rentas de la sociedad por un importe igual a los gastos asociados a la obtención de los dividendos externos, y no era eso lo que perseguía el legislador. El sistema es similar al que se aplica en nuestro ordenamiento, por ejemplo, a las entidades parcialmente exentas (art. 122.2 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo [RCL 2004, 640, 801]). Así pues, la norma sobre la exención de los dividendos internacionales se completó con la obligación de integrar en la base imponible el importe los gastos de gestión referidos a la participación y a la distribución de los beneficios.

En un primer momento, para determinar el importe de los gastos no deducibles en el Impuesto sobre Sociedades, el legislador hizo suyo el principio general, establecido por el § 3c.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (*Einkommensteuergesetz: EStG*), según el cual los gastos que se hubiesen destinado a la obtención de rentas libres de

gravamen no podían minorar la cuota tributaria. Y añadía que la prohibición de la deducción tan sólo procedía en los casos en que se diese una «conexión económica inmediata» entre el gasto no deducible y el beneficio exento. El Tribunal Financiero Federal (*Bundesfinanzhof*) eliminó la ambigüedad de la expresión limitando la prohibición de la deducción a los gastos de gestión de las participaciones realizados en el período del reparto de los dividendos. La aplicación conjunta de la exención de los dividendos internacionales y la prohibición de la deducción de los gastos vinculados a ellos provocó la proliferación de un fenómeno conocido con el nombre de *ballooning*. Las sociedades no repartían beneficios en aquellos ejercicios que los gastos de gestión eran más fuertes y los distribuían en períodos en que el gasto era irrelevante.

La *Ley de descongestión fiscal 1999/2000/2002 (Entlastungssteuergesetz)*, de 24 de marzo de 1999, puso fin a la práctica del *ballooning*, modificando la regla del cálculo de los gastos no deducibles mediante la introducción del apartado 7 en el § 8b KStG. A tenor de la nueva norma, el importe de los gastos no deducibles se fijaba, a tanto alzado, en el 5 por ciento de los dividendos exentos. La medida se basaba en el artículo 4.2 de la Directiva 90/435/CEE, de 23 de julio de 1990 (LCEur 1990, 921), relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. Según esta disposición, los Estados miembros pueden prever que los gastos que se refieren a la participación y las minusvalías derivadas de la distribución de los beneficios de la sociedad filial no sean deducibles del beneficio imponible de la sociedad matriz. Además, admite la facultad de los Estados para establecer el cálculo a tanto alzado de los gastos no deducibles, limitando el importe de tales gastos al 5 por ciento de los beneficios distribuidos por la sociedad filial.

El año 2000 supuso un punto de inflexión en la regulación de la doble imposición de los dividendos internos en Alemania. En esta fecha, el legislador derogó el sistema de doble tipo y extendió la aplicación del método de exención a los dividendos percibidos procedentes de fuente interna. De acuerdo con esta normativa, que sigue vigente en sus líneas fundamentales, todos los beneficios que obtiene una sociedad tributan en el Impuesto sobre Sociedades a un tipo proporcional del 25%. Cuando se reparten, la imposición es distinta según que los perceptores sean personas físicas o entidades sujetas al Impuesto sobre Sociedades. Las primeras tienen derecho a una exención del 50 por ciento de los dividendos y deben tributar por el otro 50 por ciento en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades gozan de una exención del 100 por cien de los dividendos procedentes de la participación en capitales de otras entidades y de las plusvalías derivadas de la enajenación de participaciones correspondientes a beneficios no repartidos de la entidad participada. Con la exención total en el caso de las sociedades se pretende no agravar la carga tributaria soportada por las personas físicas que perciban dividendos que a su vez procedan de otros dividendos.

Al igual que hiciera al regular la doble imposición de los dividendos internacionales, el legislador prohibió la deducción de los gastos de gestión de las participaciones vinculados a la percepción de los dividendos internos exentos. Pero sorprendentemente, a pesar de la mala experiencia de los abusos cometidos mediante el *ballooning*, dispuso que el cálculo de tales gastos se hiciera de acuerdo con el § 3c.1 EStG. Con esta medida, se abrieron las puertas para burlar el sistema y repartir los dividendos tan sólo en los períodos que el gasto de gestión de las participaciones era muy pequeño o nulo.

Los esfuerzos de las autoridades dirigidos a paliar la práctica del *ballooning* no resultaron eficientes y, al final, se optó por aplicar a los dividendos internos la misma norma de cálculo del gasto que se aplicaba a los dividendos internacionales. El perceptor de este tipo de rentas quedaba obligado a tributar por un importe equivalente al 5 por ciento de los dividendos percibidos en concepto de eliminación *a forfait* de los gastos de gestión de las participaciones.

Esta disposición sobre el cálculo de los gastos a tanto alzado es la norma cuya constitucionalidad se plantea en el recurso que resuelve la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal (en adelante, TCF) de 12 de octubre de 2010.

La cuestión de inconstitucionalidad que resuelve esta sentencia fue planteada por el Tribunal Financiero de Hamburgo durante el curso de un proceso concerniente a la tributación por el Impuesto de Sociedades de una sociedad alemana. En el ejercicio 2005 la sociedad recurrente obtuvo un beneficio neto de 12 millones de euros, de los cuales 11,6 procedían de la transmisión de las acciones que poseía en una sociedad filial. Los gastos de gestión relacionados con las participaciones en la filial comprendían tasas de depósito, intereses y otros gastos y alcanzaban una cifra aproximada de 27.800 euros. Sin embargo, la Administración, con base en el § 8b KStG, exigía la tributación del 5 por ciento de los ingresos percibidos por la venta de las participaciones (alrededor de 600.000 euros). A juicio del Tribunal Financiero de Hamburgo, los §§ 8b.3 y 8b.5 KStG transgreden el principio de igualdad recogido en el § 3. 1 de la Ley Fundamental (en adelante, LFB), al establecer un tratamiento igual y generalizado para supuestos que son diferentes, y violan el principio de capacidad contributiva. Otras entidades comparecieron en el proceso. La Cámara Alemana de Comercio e Industria, el Colegio Federal de Asesores Fiscales, el Colegio Federal de Abogados y la Federación de la Industria Alemana se opusieron a la constitucionalidad de las disposiciones mencionadas. El Ministerio Federal de Finanzas sostuvo su conformidad con la Constitución.

El TCF admitió a trámite la demanda del Tribunal Financiero pero desestimó sus pretensiones al entender que las normas objeto del recurso no lesionan la Ley Fundamental. En la sentencia se examina con detalle la adecuación de las disposiciones al principio de igualdad (§ 3 de la LFB), al principio de capacidad contributiva y al mandato de coherencia. A juicio del TCF, el establecimiento de medidas como ésta cuya constitucionalidad se cuestiona forma parte de la competencia de clasificación y generalización que corresponde al legislador.

El argumento del TCF se desarrolla del siguiente modo:

1) El principio de igualdad, que exige dispensar el mismo trato a lo que es igual y un trato diferente para lo que es distinto, prohíbe la arbitrariedad en la creación de las normas y exige que sean proporcionadas. El TCF advierte que al legislador le corresponde un amplio margen de apreciación en su tarea de determinar los hechos impositivos y los tipos impositivos. En virtud de esta función, puede dictar normas generalizadoras (normas que contemplan la generalidad de los casos sin atender a las excepciones), siempre que lo haga dentro de los límites del respeto al principio de *capacidad contributiva* y al mandato de *consecuencia* o *coherencia*. La medida sobre la estimación del gasto es constitucional siempre que el artífice de la norma se haya sujetado a estos parámetros al promulgarla.

2) El deber del legislador de configurar de modo coherente y lógico los hechos

imponibles no tiene carácter absoluto. El mandato de coherencia puede ceder cuando exigencias extrafiscales y de gobierno, o *necesidades de tipicidad y simplificación* lo requieran. La cesión tendrá siempre carácter excepcional y la razón que la justifique deberá tener en cuenta en gran medida las particularidades del caso y ser proporcionada a la alteración de la igualdad que provoca.

3) Desde el punto de vista económico, algunos interpretan la medida como una bonificación del 95 por ciento aplicable a los dividendos que deben integrarse en la base imponible del impuesto. El efecto, matemáticamente, es el mismo, pero el TCF no se adhiere a esta opinión y considera la medida como una disposición generalizadora sobre el cálculo del gasto. Este tipo de normas son constitucionales cuando respetan el principio capacidad contributiva, el mandato de coherencia y los principios del Derecho Financiero para determinar la constitucionalidad de reglas generalizadoras y estandarizadoras.

4) El TCF no aprecia violación alguna del principio de capacidad contributiva. En primer lugar porque la norma cumple con el principio del beneficio «neto objetivo» (*objektive nettoprinzip*) porque sólo se gravan ingresos netos. Además, porque a iguales ingresos, la capacidad contributiva de las sociedades cuyos gastos son menores al 5 por ciento es mayor que la de las sociedades que lo superan.

5) No hay lesión del principio de «consecuencia» o «coherencia» porque la generalización es consecuente en su «concepción global», y sustituye al § 3c.1 *EstG*, cuya aplicación planteaba serios problemas.

6) La norma está dictada al amparo de las competencias de *clasificación (typisierung)* y *generalización* que corresponden al legislador. Esta afirmación se apoya en los siguientes argumentos:

a) Responde a fines legítimos de simplificación (igualación del régimen de los dividendos internos e internacionales) y de defensa frente a conductas de evasión fiscal, y es adecuada para alcanzar estos fines.

b) La medida del 5% obedece a un acercamiento razonable a la realidad, sin perjuicio de que en casos concretos los hechos se aparten de la presunción legal. El legislador siempre ha de generalizar, no puede tener en cuenta todas las singularidades. Lo importante es, en este sentido, que su aproximación a la realidad sea admisible. El proponente de la cuestión de inconstitucionalidad alega que no existen datos estadísticos sobre los gastos de gestión de la matriz en su filial. Sin embargo, no es posible recabar tales datos, porque no existe una regla general al respecto. Depende de muchas variables. Lo importante —y lo que determina una aproximación razonable a la realidad— es que estos costes son, por lo general, notables.

c) La vinculación de los gastos de gestión no deducibles a los beneficios obtenidos mediante la filial es también razonable. La asunción de que los gastos de gestión de participaciones están relacionados con las ganancias de la empresa participada es por lo menos defendible, a falta de otra medida más apropiada.

d) El 5% es una medida admisible que se apoya en el límite superior fijado por la Directiva de Sociedades matrices y filiales. En la mayoría de los casos, la generalización del 5% es beneficiosa para el sujeto pasivo. Se trata de una medida que, teniendo en cuenta el tipo impositivo del 25%, se traduce en una exacción fiscal de tan sólo el 1,25% de los rendimientos producidos.

e) Queda abierto el temor, defendido por algunos autores, del posible «efecto cascada» que podría tener esta prohibición de deducir en estructuras escalonadas de participación múltiple. El Tribunal Financiero no aporta ninguna declaración al respecto.

## 1. CONCLUSIÓN

Mediante sentencia de 12 de octubre de 2010, el TCF declara la constitucionalidad de la norma del IS sobre la determinación de los gastos de gestión de las participaciones vinculados a la obtención de dividendos internos. El TCF rechaza que dicho precepto viole el principio de igualdad del § 3.1 de la LFB. Los argumentos de la sentencia se exponen según una lógica bien estructurada. Coincidimos con el TCF en la necesidad de reconocer amplias facultades al legislador tributario, siempre que se respeten los límites del principio de capacidad contributiva, el mandato de coherencia y los principios del Derecho Financiero para determinar la constitucionalidad de reglas generalizadoras y estandarizadoras.

En líneas generales, el razonamiento del TCF resulta aceptable, si bien hay algún extremo de la sentencia sobre el que se puede avanzar algún comentario adicional. En concreto, queremos poner de relieve el problema de la legitimación de la excepción al mandato de coherencia por necesidades de tipicidad y simplificación. Estas necesidades justificarían la relajación del mandato sólo si no fuera posible disponer de una medida que garantizara la coherencia. «El principio de igualdad y de prohibición del exceso, de forma conjunta, deben hacer mensurable la actuación pública, buscando que cada medida que se adopte en el ejercicio del poder estatal sea una medida equilibrada» (KIRCHHOF, Paul, «La influencia de la Constitución alemana en su legislación tributaria», *Garantías constitucionales del contribuyente*, Tirant Lo Blanch: Valencia, 1998, p. 39). No compartimos, por ello, la opinión vertida por el Tribunal sobre la excepción del mandato de coherencia, dado que no merece ser calificada como medida equilibrada mientras sea posible cubrir las necesidades de tipificación y generalización sin recurrir a ella. A mi juicio, caben soluciones más moderadas o más conformes con las múltiples situaciones que puede presentar la realidad. Hay que esforzarse por encontrar una norma sobre la estimación del gasto que salvaguarde las necesidades de tipicidad y simplificación y, además, se ajuste plenamente al mandato de coherencia. Se podría, por ejemplo, calificar el gasto estimado como presunción *iuris tantum*, de manera que si el contribuyente demostrase que el gasto efectivo de la gestión de sus participaciones hubiese sido inferior a la cantidad estimada por ley, tomando como referencia el promedio real de gastos de los últimos cinco años, no estaría obligado a tributar por una cantidad superior a la acreditada.

En cualquier caso, se trata de una experiencia interesante que, aunque en estos momentos no se plantea en el ordenamiento español, sirve como experiencia de cara a futuras reformas y como instrumento de valoración de otras normas –presentes en todos los ordenamientos– en las que se sustituye la determinación real de los hechos por estimaciones más o menos aproximadas a la verdad.