

**Régimen polaco de financiación por deudas y por acciones
a la luz del principio de neutralidad y
del Derecho y la jurisprudencia comunitarios**

Włodzimierz Nykiel, Ziemowit Kukulski y Michał Wilk¹

1. Introducción

Los accionistas pueden, por lo general, elegir entre dos diferentes métodos para la financiación de las sociedades: deuda o emisión de acciones. Como resultado, las diferencias entre la tributación de dividendos y de pago de intereses dan lugar a la cuestión de si el marco legal polaco garantiza un nivel suficiente de neutralidad interna y externa. La neutralidad interna supone un tratamiento fiscal similar de la financiación por acciones y por deuda mientras que la neutralidad externa supone igual tratamiento de las rentas del mismo tipo, con independencia de que sean de fuente nacional o extranjera². Además, este artículo se centrará en los aspectos fiscales de la financiación a través de deuda y emisión de acciones concernientes al

¹ Włodzimierz Nykiel es Profesor y Director del Departamento de Derecho Tributario, Facultad de Derecho y Administración, Universidad de Łódź; Director del Centro de Documentación y Estudios Tributarios, Universidad de Łódź; Rector de la Universidad de Łódź.

Ziemowit Kukulski es Profesor Adjunto en el Departamento de Derecho Tributario, Facultad de Derecho y Administración, Universidad de Łódź.

Michał Wilk es Doctorando del Departamento de Derecho Tributario, Facultad de Derecho y Administración, Universidad de Łódź.

Traducido por Fernando Fernández Marín, Universidad de Almería

² B. Terra, P. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer, 2008, p. 189.

Derecho comunitario primario y secundario y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

2. Descripción general del régimen fiscal polaco de financiación a través de deudas y emisión de acciones.

Polonia utiliza un sistema clásico de tributación de dividendos.

De acuerdo con la Ley del Impuesto de la Renta de Sociedades (en adelante: la Ley IRS)³, los pagos de dividendos en situaciones puramente internas están sujetos a una retención final del 19%.⁴ En contraste, las sociedades residentes que reciben dividendos de fuente extranjera están obligadas a añadirlos a las rentas de otras fuentes (principio de tributación mundial). Para eliminar la doble imposición jurídica en estos casos, Polonia concede un crédito de impuesto ordinario según el Estado de origen.⁵ Estas reglas no se aplican a la distribución de dividendos hecha por filiales residentes en la UE, la AELC y Suiza. Bajo la normativa tributaria polaca interna de trasposición de la Directiva Matriz Filial (en adelante: la DMF)⁶, las sociedades matrices residentes polacas que reciben dividendos de filiales en la UE, la AELC y Suiza se encuentran totalmente exentas de tributación en Polonia. La exención plena se aplica también en los casos en los que el pago de dividendos se hace por una filial polaca a

³ Impuesto sobre la Renta de Sociedades de 15 de Febrero de 1992, texto refundido: Journal of Laws of 2000, No. 54, heading 654, modificado. Sobre la tributación de dividendos, véase los artículos. 20 y 22 de la Ley de IRS.

⁴ Véase Art. 22 Sec. 1 de la Ley de IRS.

⁵ Véase Art. 20 Sec. 1 de la Ley de IRS.

⁶ Directiva del Consejo 90/435/EEC de 23 de Julio de 1990 relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados Miembros diferentes, DO L 225 of 20.8.1990, p. 6-9.

la matriz en la UE, la AELC o Suiza –de acuerdo con la normativa que transpone la DMF, la distribución de dividendos y de otros beneficios está totalmente exenta en la fuente si se cumplen ciertas condiciones. En el resto de casos de dividendos de fuente interna pagados por una sociedad residente a receptores extranjeros están sujetos a una retención final del 19%. Sin embargo, este tipo se reduce por virtud de los Convenios de doble imposición. Los tratados fiscales concluidos por Polonia siguen el artículo 10 del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble imposición, lo que significa que el tipo de retención en los dividendos de salida no exceda del 5% (en el caso de sociedades receptoras que posean al menos el 25% de las acciones sobre la sociedad que distribuye) o el 15% (en el resto de casos) de la renta bruta. Bajo algunos tratados, se aplica el tipo único del 10% en lugar de dos tipos diferentes.⁷

Los accionistas personas físicas residentes que reciben dividendos de origen interno y extranjero están sujetos a una retención final del tipo del 19%. También están sujetos a una retención final al tipo del 19% los dividendos de fuente polaca pagados a accionistas no residentes, a menos que un tratado prevea una cosa distinta.⁸ Este sistema fiscal uniforme sobre rentas de capital internas y foráneas fue introducido en 2005 como consecuencia de la jurisprudencia del TJCE en los casos *Lenz*⁹ y *Weidert-Paulus*^{10, 11}. En la medida en que las personas

⁷ Véase tratados concluidos con, p.ej., Armenia, Chipre, China, Georgia, Hungría, Japón, Jordania, Kirgizstan, Mongolia, Rusia, Siria.

⁸ Art. 30a de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de 26 de Julio de 1991 (en adelante: la Ley IRPF), Journal of Laws 2000, No. 14, heading 176, modificado.

⁹ Case C-315/02, *Annelise Lenz v. Finanzlandsdirektiof für Tirol*, [2004], ECR I-7081.

¹⁰ Case C-242/03, *Ministre des Finances v. Jean-Claude Weidert, Elisabeth Paulus*, [2004] ECR I7-391.

¹¹ A. Zalasinski, *New Member States' Approach to the ECJ's Rulings: The Example of Poland* [in:] C. Brokelind (ed.), *Towards a Homogeneous EC Direct Tax Law. An Assessment of the Member States' Responses to the ECJ's Case Law*, IBFD, 2007, p. 398.

físicas se vean afectadas por doble imposición jurídica, son también compensadas con un crédito de impuesto concedido según el Estado. La normativa de la tributación sobre intereses en Polonia garantiza tanto la neutralidad interna como la externa. El interés está sujeto a un tipo de retención final del 20% en caso de sociedades receptoras¹² y al tipo del 19% en caso de personas físicas¹³. El interés pagado a no residentes (sean sociedades o individuos) puede gravarse a un tipo reducido si un tratado tributario concluido con el país de la residencia del receptor provee tal cosa. Entonces la retención sobre el interés no excederá normalmente del 10% de la renta bruta. Bajo ciertos tratados fiscales este tipo se reduce al 5%¹⁴ o incluso al 0% - siempre que se den ciertas condiciones previstas por el tratado fiscal. Los receptores residentes de intereses de fuente tienen derecho a un crédito de impuesto ordinario según el Estado - como en el caso de los dividendos.

Polonia, como Estado Miembro de la Unión Europea ha desarrollado la correspondiente normativa de la Directiva comunitaria de intereses y cánones (en adelante: la DIC)¹⁵. Sin embargo, de acuerdo con la Directiva del Consejo 2004/76/EC de 29 de abril de 2004, que introduce períodos transitorios relativos a la aplicación de la normativa DIC¹⁶, en el período de 1 de Julio de 2005 a 30 de Junio de 2009 Polonia estuvo autorizada a imponer una retención sobre el

¹² Véase Art. 21 Sec. 1 de la Ley del IRS.

¹³ Véase Art. 30a de la Ley de IRPF.

¹⁴ Véase tratados concluidos con Armenia, Israel, Líbano y Emiratos Árabes Unidos.

¹⁵ Directiva del Consejo 2003/49/CE de 3 de junio de 2003 relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados Miembros, DO L 157 de 26.6.2003, p. 49-54.

¹⁶ Directiva del Consejo 2004/76/CE de 29 de Abril de 2004 por la que se modifica la directiva 2003/49/CE en lo que respecta a la posibilidad ofrecida a determinados Estados miembros de disfrutar de un período transitorio para la aplicación de un régimen común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados Miembros, DO L 157 de 30.4.2004, p. 106-113.

interés a un tipo reducido del 10%. Desde el 1 de Julio de 2009 hasta el 30 de Junio de 2013, el tipo se reducirá al 5%. A partir de entonces habrá exención plena. El tipo reducido de retención se aplica sobre el interés pagado entre dos sociedades consideradas como "asociadas" en el sentido de la DIC.

De manera contraria a los dividendos, el interés es totalmente deducible de la base imponible del deudor. Esto significa que el problema de la doble imposición económica, que se da en el caso de dividendos, no existe si hay un pago de intereses hecho por una sociedad a sus accionistas. Esto constituye una gran ventaja para la financiación a través de deuda frente a la financiación por emisión por capital. Pero la deducibilidad del interés puede estar limitada en todos los casos en los que se apliquen reglas nacionales de subcapitalización. El impacto de estas reglas será examinado en la subsiguiente parte de este trabajo.

3. Consecuencias fiscales de las diferentes clases de préstamos de accionistas y de las diferentes clases de préstamos hechos por otros sujetos.

3.1. La limitación de la deducibilidad del interés pagado a accionistas.

El sistema tributario polaco no prevé diferencias en la tributación de intereses que procedan de distintos tipos de préstamos concedidos a la compañía por accionistas residentes o no residentes. No hay normas sobre instrumentos financieros híbridos que mezclen los

elementos de los regímenes de financiación a través de deuda y acciones (distribución oculta de beneficios). Los ejemplos comunes de tales instrumentos muestran, entre otros, préstamos con participación en beneficios, bonos convertibles, préstamos back-to-back, préstamos garantizados y deudas perpetuas¹⁷. Tales instrumentos son usados frecuentemente por los contribuyentes como medio de reducir la carga tributaria (elusión fiscal). La legislación tributaria polaca interna no contiene reglas específicas de limitación de la deducibilidad del interés surgido por tales préstamos o que permitan la reclasificación de dichos pagos en dividendos a efectos fiscales. En el caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*¹⁸ el Tribunal de Justicia mantuvo que las normas internas que permitan la reclasificación del interés violan la libertad de establecimiento (Art. 43 del Tratado de la CE¹⁹), especialmente si se dirigen sólo a no residentes y el préstamo con interés es más alto que el capital desembolsado más las reservas que han tributado de la sociedad. En esta área, el sistema tributario polaco se encuentra en concordancia con el Derecho y la jurisprudencia comunitaria, ya que, como se dijo anteriormente, no hay normas bajo las cuales se permita la reclasificación. Este requisito lo siguen incluso las reglas de la subcapitalización interna.

En Polonia también la cláusula general anti-abuso contra artificios o abusos del derecho tributario tiene un efecto muy limitado sobre los pagos de intereses desde cualquier forma de instrumentos financieros

¹⁷ Véase: *The Use of Hybrid Financial Instruments in Cross-Border Transactions. Tax Considerations*, KPMG, Amsterdam 1990, p.75; Z. Kukulski, *Niedostateczna kapitalizacja w prawie podatkowym*, C.H. Beck, Warsaw 2006, p. 28-32.

¹⁸ C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, [2007] ECR I-02107.

¹⁹ Tratado de la CE.

híbridos. La introducción de una cláusula tal en 2003 fue ampliamente criticada por la doctrina polaca y la judicatura, ya que ello implica la posibilidad de interpretaciones amplias de las provisiones normativas en el campo tributario.²⁰ Por estas razones la cláusula general anti-abuso fue encontrada inconstitucional por el Tribunal Constitucional polaco en sentencia de 11 de mayo de 2004 y, por tanto, abolida²¹. Tras ese pronunciamiento, una nueva versión de la cláusula general anti-abuso se introdujo en la Ley General Tributaria²². En su art. 199A, en atención a que las autoridades tributarias no podían seguir sin aplicar los efectos de las acciones legales llevadas a cabo por los contribuyentes; este derecho queda reservado a los tribunales. La aplicación de la cláusula general anti-abuso como un instrumento limitativo de la deducibilidad del interés con origen en instrumentos financieros híbridos debe ser vista sólo como una amenaza potencial. Por lo general, la existencia de semejantes cláusulas no viola la libertad de establecimiento. En su decisión en el caso *Cadbury Schweppes*²³ y en el caso *Thin Cap Group Litigation*²⁴, el Tribunal de Justicia enfatizó que la necesidad de prevenir la elusión fiscal puede justificar restricciones sobre la libertad de establecimiento, especialmente cuando el contribuyente

²⁰ Véase: Sentencia del Tribunal Administrativo Supremo de 15 de Junio de 2000, I SA/Gd 606/98, no publicado; B. Brzezinski, *Wykładnia prawa – tzw. obejście ustawy podatkowej. Glosa do wyroku NSA z dnia 31 stycznia 2002 r., I SA/Gd 771/01*, Monitor Podatkowy 2002, No. 6, p. 50, M. Kalinowski, *Granice legalności unikania opodatkowania w polskim systemie podatkowym*, Toruń 2001, pp. 13-22, Z. Kukulski, *Niedostateczna...*, op. cit, pp. 16-35.

²¹ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de Mayo de 2004, CaseK 4/03, OTK 1994, No. 1, Sec. 22; Véase también: T. Dębowska-Romanowska, *Dopuszczalność i warunki wprowadzenia klauzul generalnych zakazujących obejścia i nadużycia prawa w systemie prawa podatkowego – w świetle art. 84 i 217 Konstytucji*, [in:] *Księga pamiątkowa ku czci Prof. A. Kabata*, Wydawnictwo Ius et Lex, Warsaw 2004, p. 102 .

²² Ley General Tributaria de 29 de Agosto de 1997, Journal of Laws 2005, No. 8, heading 60, consolidada.

²³ Caso C-196/04, *Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, [2006] ECR I-7995.

²⁴ C- 524/04.

lleva a cabo acuerdos en todo artificiales diseñados para sortear la legislación de los respectivos Estados Miembros. En opinión del Tribunal de Justicia, el mero hecho de que un préstamo se conceda a una sociedad residente por una sociedad vinculada residente en otro Estado Miembro no significa que sea un escape de la legislación del primer Estado Miembro. Este hecho no puede constituir la base para una presunción general de práctica abusiva y no puede justificar la restricción²⁵.

3.2. La conformidad de las normas de subcapitalización polacas con el Derecho y la jurisprudencia comunitarias.

Cuando se analizan las consecuencias tributarias de los préstamos hechos por accionistas y por otros sujetos distintos es importante atender a las normas de subcapitalización (en adelante: NSC)²⁶. Estas normas limitan la deducibilidad del interés pagado por una sociedad sólo si tal interés surge por préstamos concedidos por accionistas.²⁷ Básicamente no se aplican al interés en préstamos concedidos por otros sujetos. Polonia introdujo las NSC en su sistema tributario en 1999²⁸. Inicialmente, las NSC polacas no eran conformes con la libertad de establecimiento, en tanto que eran aplicables sólo al

²⁵ Véase también: Caso C-255/02 *Halifax plc and Others v Commissioners of Customs & Excise*, [2006] ECR I-1609, Caso C-419/02, *BUPA Hospitals Ltd v. Commissioners of Customs & Excise*, [2006] ECR I-1685 y Caso C-223/03, *University of Huddersfield Higher Education Corporation v Commissioners of Customs & Excise*, [2006] ECR I-1751..

²⁶ R.A. Sommerhalder, *International Approaches to Thin Capitalization, European Taxation* 1996, No.3, p. 82; Z. Kukulski, *Niedostateczna...*, pp. 87 – 90.

²⁷ *Report on Thin Capitalization, Issues in International Taxation*, No. 2, OECD, Paris1987; D. Plitz, *International Aspects of Thin Capitalization: General Report* [in:] *Studies on International Fiscal Law*, Vol. LVVVIb, Kluwer 1994, p. 87.

²⁸ Véase: Art. 16 Sec. 1 puntos 60 y 61 y Art. 16 Sec. 6, 7 y 7a de la Ley de IRS.

interés surgido en acuerdos de préstamo concedidos por accionistas no residentes y los de los accionistas residentes quedaban exentos del IRS. Por lo tanto, los accionistas residentes sujetos al impuesto sobre la renta de sociedades en Polonia quedaban fuera del ámbito de aplicación de las NSC. En el contexto de la jurisprudencia comunitaria en el caso *Lankhorst-Hohorst*,²⁹ se modificó el ámbito de las NSC polacas. Desde 2005, cubren tanto las situaciones transfronterizas como las internas.³⁰

Polonia limita la deducibilidad de intereses en caso de subcapitalización si el balance entre capital social y pasivo concedido por accionistas a una sociedad excede la ratio 3:1 de capital-pasivo. Dentro de estos límites, los accionistas pueden financiar su sociedad mediante pasivo sin restricciones. Las NSC polacas no prevén la reclasificación del interés en dividendos a efectos fiscales. Con ello, las NSC polacas son compatibles con el Derecho y la jurisprudencia comunitarios, especialmente a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*³¹ y el caso *Lammers & Van Cleeff*^{32, 33}.

Las NSC en Polonia restringen la deducibilidad de intereses si surgen de préstamos (créditos) concedidos a una sociedad por un grupo de sus accionistas que tienen el status de "prestamistas cualificados": tanto personas jurídicas como personas físicas. Tal "prestamista cualificado" es un accionista directo que posee al menos el 25% de

²⁹ Caso C-324/00 *Lankhorst – Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt*, [2002] ECR I-11779().

³⁰ Véase: F. Świtała, *O dostosowaniu ustawy o CIT do dyrektyw unijnych*, *Przegląd Podatkowy* 2004, No. 7, p. 33; Cf. A. Kośmider, *Odsetki od pożyczki udzielonej spółce kapitałowej przez jej wspólnika*, *Przegląd Podatkowy* 2004, No. 6, p. 12.

³¹ Caso C- 524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, [2007] ECR I-02107.

³² Caso C-105/07NV *Lammers & Van Cleeff v Belgische Staat*, [2008] ECR I-00173.

³³ Véase también: Ł. Adamczyk [in:] H. Litwińczuk (ed.), *Podatki bezpośrednie. Prawo polskie a prawo wspólnotowe*, Wiedza i Praktyka, Warsaw 2009, p. 390.

las acciones de una sociedad subcapitalizada. Sin embargo, los intereses que se deriven de préstamos concedidos por un grupo de accionistas directos que posean en su conjunto al menos el 25% de las acciones también caen bajo el ámbito de las NSC polacas. Además, los préstamos hechos entre sociedades en las que otra sociedad posea directamente al menos el 25% de las acciones están cubiertos por las NSC polacas. En todos los casos anteriormente mencionados el mínimo del 25% de las acciones queda determinado sobre la base del número de votos (poder de votación) que puede atribuirse a estas acciones.

Desde 2005, distintos tipos de préstamos concedidos por accionistas cayeron bajo el ámbito de aplicación de las NSC polacas.³⁴ El término "préstamo" cubre: no sólo cualquier contrato por el que se acuerde que el prestamista se compromete a transferir derechos de propiedad de una suma específica de dinero al prestatario y el prestatario se obliga a devolver la misma suma de dinero, sino también la emisión de títulos de deuda, el depósito irregular y el depósito bancario. Esta definición se aplica solamente a los efectos de las NSC y no supone un concepto general de "préstamo" para el conjunto del sistema tributario polaco.

A los efectos de calcular la ratio capital-deuda, es necesario comparar el valor del capital social de la compañía con el valor de su pasivo. Las actuales NSC pueden vulnerar la capacidad económica de las sociedades subcapitalizadas. Las medidas que gobiernan el cálculo de la ratio capital-pasivo aceptable se configuran muy a favor de la financiación mediante capital. Disminuyen artificialmente el valor del capital social de la compañía. De acuerdo con las RSC polacas, no se

³⁴ Art. 16 Sec. 7b Ley de IRS.

toma en cuenta el valor nominal del capital social de la compañía. Las siguientes partes de capital social están excluidas del cálculo del nivel de ratio capital social-deuda: (a) la que no se encuentre aportada (pagada) actualmente por los accionistas, (b) la que esté cubierta por préstamos, créditos e intereses en tales créditos y préstamos concedidos por accionistas y convertidos en capital social y (c) la que esté cubierta por tangibles e intangibles cuya amortización no resulte fiscalmente deducible de acuerdo con la Ley IRS (v.gr., propiedad inmobiliaria, edificios) ³⁵. Por otra parte, no hay medidas que prevean como debe calcularse el valor de las deudas de la sociedad. La falta de normas apropiadas conduce a la conclusión de que debería entenderse en el sentido más amplio como el valor total de todas las deudas de la sociedad concedidas por un grupo de accionistas que pueda ser considerado como "accionistas sustantivos". Esta es una categoría diferente de accionistas que la de "prestamistas cualificados", como se describieron arriba. El grupo de "accionistas sustantivos" incluye accionistas directos que poseen al menos el 25% del capital social de la sociedad, así como accionistas indirectos con al menos el 25% de las acciones de la accionista directa de la sociedad prestataria. Los accionistas directos que, en conjunto, posean al menos el 25% del capital social no son estimados como "sustanciales". Los préstamos hechos por este grupo de accionistas no se añaden a las deudas de la sociedad en el proceso de cálculo de la ratio capital social-deuda. Sin embargo, debe enfatizarse que el interés pagado por una sociedad a un accionista "sustancial" indirecto no sigue bajo la restricción prevista por las NSC. Dicho interés es totalmente deducible incluso aunque la ratio se exceda. Estas normas

³⁵ Art. 16c de la Ley de IRS.

infringen el principio de neutralidad interna desde el momento en que diferencian entre préstamos concedidos por accionistas directos y por accionistas indirectos.

4. Conformidad del régimen fiscal polaco de financiación por deuda y por capital con el Derecho y la jurisprudencia comunitarios.

4.1. Cuestiones generales

Como ya se ha dicho, un sistema tributario es neutral cuando garantiza un tratamiento fiscal similar para la financiación a través de deuda o de capital social (neutralidad interna) y prevé la misma tributación de los dividendos e intereses de fuente nacional o extranjera (neutralidad externa). Dentro de la Unión Europea, el principio de neutralidad tiene impacto en las libertades fundamentales comunitarias: la libertad de establecimiento (Arts. 43 - 46 del TCE), la libertad de movimiento de capital (Arts. 56 - 60 del TCE) y el principio de no discriminación basada en la nacionalidad del contribuyente (Art. 12 del TCE)³⁶. El Derecho comunitario prohíbe cualquier forma de discriminación basada en el lugar de residencia, sea de la sociedad o de los accionistas. Por tanto, un Estado Miembro que aplique reglas diferentes de tributación a situaciones comparables o las mismas reglas a situaciones distintas discrimina y/o puede violar las libertades fundamentales comunitarias.

³⁶ Véase D. Weber, *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms. A Study of the Limitations under European Law to the Prevention of Tax Avoidance*, Kluwer Law International, 2005, pp. 26-30.

4.2. La eliminación de la doble imposición económica de dividendos en Polonia a la luz del Derecho

Un sistema fiscal básico ignora el hecho de que los beneficios por los que se pagan ahora dividendos ya han tributado antes de la distribución –en el nivel de la sociedad-. La existencia de doble imposición económica causa que la financiación a través de capital social parezca ser menos atractiva desde el punto de vista del contribuyente. De cara a eliminar este problema, los países pueden eximir los dividendos de retención o conceder un crédito por el impuesto societario pagado a nivel societario antes de la distribución de dividendos (los llamados créditos por tributación subyacente). El primer método se aplica en países que pertenecen a un sistema clásico de tributación. La exención es posible normalmente sólo para accionistas que posean un cierto porcentaje del capital social o votos (privilegio de afiliación)³⁷. El método de crédito por el impuesto subyacente se usa en países que aplican total o parcialmente el sistema de imputación. Desde un punto de vista internacional, el sistema de imputación no parece ser neutral, porque el crédito por el impuesto subyacente no se concede, por lo general, a dividendos pagados a accionistas no residentes, mientras que algunos países extienden su aplicación a accionistas extranjeros bajo tratados bilaterales en el campo fiscal.³⁸ Por ello, el sistema de imputación fue considerado por el Tribunal de Justicia como incompatible con la libertad de establecimiento y el libre movimiento de capitales. En los

³⁷ B. Terra, P. Wattel, *European...*, *op. cit.*, p. 181.

³⁸ *Ibidem*, pp. 185-186.

casos *Lenz*³⁹, *Manninen*⁴⁰ y *Meilicke*⁴¹, el Tribunal señaló que la concesión de créditos de imputación no puede quedar limitado exclusivamente a dividendos de fuente interna sin infringir las libertades fundamentales del Tratado.⁴² La misma opinión fue mostrada en los casos *Test Claimants in Class IV of the Act Group* y *Test Claimants in the FII Group Litigation*⁴³.

Desde enero de 2008, Polonia aplica una exención como principal método para eliminación de la doble imposición económica de dividendos distribuidos ente sociedades matrices y sus filiales. Desde el 1 de mayo de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2007, la doble imposición económica se eliminó a través del método de crédito por impuesto subyacente.

El actual sistema fiscal polaco está en concordancia con las libertades fundamentales comunitarias y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Los dividendos pagados por filiales residentes a sus matrices están exentos de retención si la matriz posee al menos el 10% del capital social en la filial de manera continuada al menos por dos años⁴⁴. La misma regla se aplica si la distribución de dividendos se hace por una filial polaca a su matriz comunitaria (o su establecimiento permanente), su matriz en la AELC o su matriz Suiza.

³⁹ Case, C-315/02 *Anneliese Lenz v Finanzlandesdirektion für Tirol*, [2004] ECR I-07063.

⁴⁰ Case C-319/02, *Petri Manninen*, [2004] ECR I-07477.

⁴¹ C-292/04 *Wienand Meilicke, Heidi Christa Weyde and Marina Stöffler v Finanzamt Bonn-Innenstadt*, [2007] ECR I-01835.

⁴² *Ibidem*, p. 186.

⁴³ CasO C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I-11673; Caso C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue*, [2006 Page] ECR I-11753. Véase también: el Tribunal de la AELC in the caso E-1/04; the *Fokus Bank* Caso C-27/07, *Banque Fédérative du Crédit Mutuel v Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, [2008] ECR I-02067 y Caso C-58/01, *Océ van der Grinten NV and Commissioners of Inland Revenue*, [2003] ECR I-09809.

⁴⁴ De acuerdo con el Art. 20 Sec. 11 del IRS esta norma no se aplica si el pago de dividendos se hace como consecuencia de la liquidación de la sociedad que distribuye.

Como en el caso de matrices residentes que reciben dividendos de sus filiales residentes, las matrices de la UE y de la AELC quedan exentas de retención si poseen al menos el 10% del capital social en la filial de modo continuado por al menos 2 años. La sociedad suiza tiene el derecho a la exención, si posee el 25% en vez del 10% del capital social en la filial. Debe enfatizarse que las reglas que se refieren al período de 2 años ininterrumpidos de mantenimiento de acciones sobre la filial se construyeron en línea con el caso *Denkavit*⁴⁵. De acuerdo con el art. 20 Sec. 10 y el art. 22 Sec. 4b de la Ley del IRS, la matriz mantiene el derecho a la exención incluso si el período de mantenimiento ininterrumpido de acciones de la filial finaliza después de la fecha de recepción de dividendos. La misma regla se aplica en el caso de pago de intereses hecho entre sociedades vinculadas, de acuerdo al art. 21 Sec. 5 de la Ley del IRS que desarrolla las previsiones de la DIC.

Sin embargo, el método del crédito por impuesto subyacente todavía se aplica en el caso de dividendos con fuente en terceros países. La matriz con residencia en Polonia (que posea al menos el 75% del capital social de la sociedad que distribuye) que recibe pagos de dividendos de una filial residente en un país, que no es miembro de la UE o de la AELC y no es Suiza, puede deducir la cantidad de impuesto que pagó en el tercer país la sociedad que distribuye antes de la distribución. Sin embargo, tal deducción no puede exceder la parte de la deuda tributaria, considerada antes de la deducción, que resulte

⁴⁵ Casos unidos C-283/94 , C-291/94 and C-292/94, *Denkavit International BV y VITIC Amsterdam BV y Voormeer BV v. Bundesamt für Finanzen* (), [1996] ECR I-5063-5104; Véase E. Prejs, *Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości na tle dyrektyw wspólnotowych w zakresie podatkowa bezpośrednich*, *Kwartalnik Prawa Podatkowego* 2002, No. 3/4 , pp. 70-72 y F. Świtała, *O dostosowaniu...*, *op. cit.*, p. 29; Véase también: H. Litwińczuk [in:] H. Litwińczuk (ed.), *Podatki bezpośrednio...*, *op.cit.*, p. 48.

proporcionalmente atribuible a la renta de fuente foránea⁴⁶. Esta deducción está permitida si hay un tratado concluido entre Polonia y el Estado de la fuente de los dividendos.

4.3. La eliminación de la doble imposición jurídica de dividendos e intereses en Polonia a la luz de la normativa y jurisprudencia comunitarias.

La existencia de doble imposición jurídica internacional de dividendos vulnera la neutralidad fiscal. Para eliminar este problema cada Estado puede, unilateralmente o sobre la base de un tratado tributario bilateral, limitar su soberanía fiscal sea por exención de tributación de ciertos tipos de renta recibidos de fuente extranjera y/o pagados por residentes a receptores foráneos (método de exención), sea por la concesión de un crédito de impuesto a los receptores residentes de renta de fuente extranjera por la retención experimentada en la fuente (método de imputación). Estos dos métodos de eliminación de la doble imposición jurídica originan dos conceptos diferentes de neutralidad: neutralidad del mercado interno (método de imputación) y neutralidad del mercado de la fuente (método de exención)⁴⁷. Debe señalarse que el Derecho primario comunitario no contiene reglas relativas a la cuestión de cómo dos Estados Miembros pueden eliminar la doble imposición jurídica. Además, en su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia admite que las libertades comunitarias no están capacitadas para prevenir la doble imposición internacional (caso

⁴⁶ Véase Art. 20 Secs. 2 y 6 de la Ley de IRS.

⁴⁷ B. Terra, P. Wattel, *European...*, *op.cit.*, p. 174.

*Kreckhaert-Morres*⁴⁸⁾⁴⁹. Para eliminar la doble imposición jurídica internacional de dividendos e intereses el Derecho comunitario derivado (DMF y DIC) recurre al método de exención. De acuerdo con ello, los Estados Miembros no pueden imponer retención a los dividendos pagados a una matriz no residente y, a su vez, conceder casi total exención a las sociedades residentes. En opinión del Tribunal de Justicia expresada en el caso *Denkavit Internationaal BV y Denkavit France SARL*⁵⁰ tales reglas constituyen una restricción discriminatoria de la libertad de establecimiento y de la libre circulación de capital. La misma posición se mantuvo en el caso *Aberdeen*⁵¹.

Como se dijo antes, Polonia concede un crédito de impuesto por la renta de inversión pasiva derivada de fuentes extranjeras. Sin embargo, el método de exención se aplica respecto de los dividendos pagados por una filial polaca a su matriz en la UE, la AELC o Suiza (o su establecimiento permanente) si la sociedad matriz en la UE o en la AELC posee al menos el 10% de las acciones en la filial polaca de modo continuado al menos por 2 años. En caso de las matrices suizas, se requiere una posesión de al menos el 25% de las acciones de la filial. Las normas polacas internas parecen estar en concordancia con la decisión del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2008 en el caso *Amurta*⁵². No se regula una retención

⁴⁸ Caso, C-513/04 *Mark Kerckhaert and Bernadette Morres v Belgische Staat*, [2006] ECR I-10967.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 174.

⁵⁰ Caso C-170/05 *Denkavit Internationaal BV and Denkavit France SARL v Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* [2006] ECR I-11949.

⁵¹ Caso C-303/07, *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, [2009] ECR 00000.

⁵² Caso C-379/05 *Amurta SGPS v Inspecteur van de Belastingdienst/Amsterdam*, [2007] ECR I-09569. Sobre el caso, véase: E.C.C.M. Kammeren, *Pending Case Filed by Dutch Courts I: The Amutra Case* [in:] M.Lang, J.Schuch, C. Staringer (eds), *ECJ – Recent Developments in Direct taxation 2007*, Linde, Vienna 2008, pp. 139- 166.

sobre los dividendos distribuidos por una sociedad residente polaca a una sociedad establecida en otro Estado Miembro y, al mismo tiempo, se exime de ese impuesto los dividendos pagados a una sociedad residente si el umbral mínimo para el mantenimiento de acciones por parte de la sociedad matriz en el capital de la filial establecido en el DMF no se alcanza. En Polonia el mínimo del 10% de las acciones en la sociedad que distribuye es una condición para la aplicación de la exención tanto a situaciones nacionales como foráneas.

El Derecho tributario polaco no contiene ninguna regla relativa a la "transparencia fiscal internacional" (reglas CFC). En este campo, el sistema tributario polaco es compatible con el Derecho y la jurisprudencia comunitaria.⁵³ Sólo la lista de contribuyentes cubierta por las reglas que desarrollan la DMF parece ser demasiado estrecha en el contexto de la sentencia del TJUE en el caso *Aberdeen*. En esta sentencia, la exención se extendió también a los dividendos pagados a una sociedad matriz establecida en una especie de sociedad de inversión de capital variable residente en un Estado Miembro cuya forma legal se desconocía en el sistema jurídico del país de la fuente y no aparecía en la lista de las sociedades referidas en el PSD⁵⁴.

Las normas internas sobre la eliminación de la doble imposición jurídica en el pago de intereses son compatibles con el Derecho comunitario, tanto primario como secundario. El interés pagado a no residentes está sujeto a retención. El tipo de gravamen difiere según las normas de los tratados bilaterales (véase: Sec. 1 – Descripción general del régimen fiscal polaco de financiación por acciones y por deudas). En el caso de pagos de intereses hechos por residentes

⁵³ Véase: Caso C-196/04 – *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue*, [2006] ECR I-07995 .

⁵⁴ Véase: H. Litwińczuk [in]: H. Litwińczuk (ed.), *Podatki...*, op. cit., p. 484.

polacos a sociedades vinculadas en el sentido del DIC, Polonia tiene el derecho de imponer una retención al tipo reducido del 5% hasta el 30 de julio de 2013. Después de esa fecha se aplicará la exención plena dispuesta por la Directiva. De acuerdo con el art. 21 Sec. 3 de la Ley IRS dos sociedades están asociadas si: (a) tienen una forma legal de las listadas en el Anexo del DIC (b) están sujetas al IRS en dos Estados Miembros distintos y (c) una de ellas posee directamente al menos el 25% del capital de la otra o una sociedad tercera en la UE posee directamente al menos el 25% del capital en ambas. Polonia aplica un crédito de impuesto ordinario para los intereses de fuente extranjera. Esta regulación parece completamente acorde con la jurisprudencia comunitaria, especialmente con el caso *Aberdeen*⁵⁵ y con el caso *Truck Center*⁵⁶.

4.4. Conformidad de la normativa polaca sobre el impuesto de aportaciones de capital con el Derecho comunitario

La tributación del capital se encuentra armonizada en cierta parte por medio de la Directiva 2008/7/EC⁵⁷, que remplazó a la Directiva 69/335/EC⁵⁸. Como Polonia aplica un particular impuesto a las aportaciones de capital destinado a transacciones de Derecho privado, la regulación del impuesto a las aportaciones de capital polaco (p.e. las respectivas normas de la Ley del impuesto sobre

⁵⁵ Caso, C-303/07 *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy*, [2009] ECR 00000.

⁵⁶ Caso, C-282/07 *Belgian State - SPF Finances v Truck Center SA*. [2008] ECR 00000.

⁵⁷ Directiva del Consejo 2008/7/CE de 12 de Febrero de 2008 relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, DO L 46 of 21.02.2008, p. 11.

⁵⁸ Directiva del Consejo 69/335/CEE de 17 de Julio de 1969 relativa a los impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, DO L 249, of 3.10.1969, p. 25.

Transacciones de Derecho Privado, (en adelante: la Ley PCC)⁵⁹) están, por lo tanto, obligadas a alinearse con el Derecho comunitario. Dos importantes casos surgidos en el contexto de la aplicación de la Ley PCC y relativos ambos a los regímenes de financiación por deuda o acción se discutirán en este apartado.

4.4.1. Tributación de los préstamos concedidos por un accionista a una sociedad

Parece que la normativa en vigor desde el 1 de enero de 2007, que introdujo la tributación de los préstamos concedidos por un accionista a una sociedad eran contrarios a las respectivas normas de la Directiva 69/335. El artículo 4 Sec.2 letra c de la Directiva permitía a un Estado Miembro gravar los préstamos concedidos por un accionista a una sociedad. Sin embargo, al mismo tiempo, el art. 7 Sec. 1 de la Directiva regulaba una exención obligatoria de las transacciones exentas el 1 de julio de 1984 o gravadas a un tipo del 0,5% o menor.

4.4.2. Tributación de aportaciones en especie

De acuerdo con el art. 4 Sec. 1 letra c de la Directiva 69/335 un incremento en el capital de una sociedad por aportación de bienes de cualquier clase está gravado por impuesto sobre aportaciones de capital. Sin embargo, como se comentó arriba, esto no era admisible

⁵⁹ Ley del impuesto sobre las transacciones de Derecho privado de 9 de septiembre de 2009, Journal of Laws 2000, No. 86, heading 959, modificada.

si el 1 de Julio de 1984 alguna clase de transacción de Derecho civil estaba exenta o se gravaba a un tipo del 0,5% o inferior.

4.4.3. La importancia de la fecha 1 de julio de 1984 para la conformidad del capital polaco con el Derecho comunitario

Una cuestión de carácter decisivo es la interpretación del art. 7 Sec. 1 de la Directiva 69/335, p.e. la importancia de esa fecha para Polonia y la cuestión: si la exención prevista por esa norma pertenece a las transacciones exentas entonces sobre la base de la Directiva o sólo sobre la base del Derecho tributario interno. Debe considerarse que en Polonia tanto las contribuciones en especie como los préstamos concedidos por un accionista a una sociedad estaban sujetas a impuesto sobre aportaciones de capital el 1 de Julio de 1984 y lo estaban a un tipo más alto del 0,5%.

Al analizar el cumplimiento del Derecho polaco del art. Art. 7 de la Directiva 69/335 no resulta esencial que en 1984 Polonia no fuese miembro de la Comunidad Europea. Esta opinión se apoya en dos sentencias del TJCE: en el caso *Optimus*⁶⁰ y en el caso *Comisión vs. España*⁶¹. En estas sentencias, el Tribunal de Justicia decidió que el art. 7 de la Directiva obliga también a los Estados que ingresaran en la Unión Europea después de 1984. Sin embargo, los tratados de adhesión u otros actos comunitarios pueden contener excepciones. En

⁶⁰ C-366/05 *Optimus – Telecomunicações S.A. v. Fazenda Pública*, [2007] ECR I-04985.

⁶¹ C-397/07, *Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España*, [2009] ECR 00000

todo caso, debe enfatizarse que en el caso de Polonia no se introdujeron tales previsiones en el Tratado de Adhesión⁶².

En el caso *Optimus* el TJCE explicó que el Art. 7 Sec. 1 de la Directiva se refiere a exenciones existentes en el Estado Miembro respectivo, que, sin embargo, no limitan el fin de esa norma sino que, al contrario, amplían la aplicación de la exención prevista en el Art. 7 Sec. 1. El caso *Optimus* debe ser entendido en modo que permita aplicar la exención prevista por el Art. 7 Sec. 1 no sólo a transacciones exentas sobre la base de la Directiva 69/335 sino también a transacciones exentas por el Derecho tributario interno⁶³.

5. Comentarios finales

Los regímenes fiscales de la financiación por deuda y por acciones parecen ser neutrales desde un punto de vista internacional. En situaciones estrictamente internas la doble imposición económica de los beneficios distribuidos por una sociedad discrimina la financiación por acciones sobre la financiación por deudas como normas concediendo la aplicación de la exención sólo a los accionistas que sean sociedades (sociedades matrices) que reciben dividendos de sus filiales situadas tanto en Polonia como en la Unión Europea, en los países de la AELC y en Suiza.

⁶² Tratado de Adhesión de 16 de abril de 2003, DO OJ L 236 de 23 de septiembre de 2003, pp. 17.

⁶³ Véase también el Caso C-197/94 *Société Bautiaa v Directeur des Services Fiscaux des Landes and Société Française Maritime v Directeur des Services Fiscaux du Finistère*. [1996], ECR I-00505; Case C-252/94 and Case C-46/04, *Aro Tubi Trafilierie SpA v Ministero dell'Economia e delle Finanze*, [2006] ECR I-03009.

Los regímenes fiscales de financiación por deudas o por acciones parecen ser neutrales desde un punto de vista internacional. En situaciones puramente internas la doble imposición económica de los beneficios distribuidos por la sociedad discrimina la financiación por acciones en comparación con la financiación por deuda, ya que las normas que conceden la exención se aplican sólo a accionistas sociedades (sociedades matrices) que reciben dividendos de sus filiales localizadas o en Polonia o en la UE, la AELC o Suiza. Estas reglas, sin embargo, no cubren pagos relativos ni a personas físicas ni a accionistas sociedades que posean menos del 10% de las acciones de la filial.

Además, el régimen fiscal polaco no reconoce diferentes tipos de préstamos concedidos a una sociedad a sus accionistas. No hay normas de acuerdo a las cuales en algunas específicas situaciones tales préstamos puedan verse como distribución de dividendos oculta y en consecuencia los intereses de tales préstamos sean reclasificados a efectos fiscales en dividendos. Esto anima a los accionistas a elegir financiación por deuda en vez de financiación por capital. Las ventajas conectadas con la financiación por deuda no se limitan por la aplicación de las reglas de subcapitalización internas. De acuerdo con estas reglas, la ratio capital-deuda se calcula en el momento en que el interés se paga a los accionistas de la sociedad, por lo que estas restricciones pueden fácilmente evitarse si una sociedad paga algunas de sus deudas antes de ese momento. Además, la cláusula general anti-abuso tiene una aplicación limitada a los préstamos de accionistas ya que las autoridades tributarias deben recoger pruebas del carácter artificial de las transacciones diseñadas y ejecutadas por los contribuyentes con fines elusorios. El

problema de si hay un salto de las normas tributarias o no sólo se puede resolver después de que un tribunal determine la existencia o no de cierto derecho o relación legal. Esto es un proceso muy costoso en tiempo.

Los regímenes polacos de financiación por deudas y por acciones parecen compatibles con el ordenamiento y la jurisprudencia comunitarias, aunque el legislador polaco no haya acometido ninguna acción particular para asegurar esa compatibilidad⁶⁴; a pesar de las enmiendas hechas al IRS relacionadas con el pago de dividendos entre sociedades matrices y sus filiales (caso *Denkavit*) y las normas de subcapitalización (caso *Lankhorst-Hohorst*). Otros ejemplos de consecuencias directas de la jurisprudencia comunitaria son las normas de IRPF relativas a la aplicación de un tipo fijo de retención tanto a dividendos e intereses internos como transfronterizos –para cumplir con la doctrina del TJCE en los casos *Lenz* y *Weidert-Paulus*.

⁶⁴ A. Zalasinski, *Polish Direct Tax Provisions Potentially Incompatible with EC Fundamental Freedoms*, *European Taxation* 2006, No. 5, pp. 225-229; A. Zalasinski, *New Member States' Approach...*, *op.cit.*, p. 393. See also W, Nykiel, T. Kardach, *Poland: The Uwe Rüffler Case*, [in:] M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer (eds.), *ECJ Recent Developments in Direct Taxation 2008*, Vienna 2008, pp. 319.