
El Régimen Jurídico de Transparencia Fiscal Internacional

José Manuel ALMUDÍ CID

Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2005, 414 págs.

Con prólogo de Ramón FALCÓN Y TELLA, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid, el Instituto de Estudios Fiscales ha publicado en su colección de estudios jurídicos esta importante investigación de la transparencia fiscal internacional que, pese a coincidir en el tiempo con la aparición de las primeras resoluciones económico-administrativas relacionadas con la aplicación de este complejo régimen, no creo que haga que éste gane en resultados aplicativos prácticos de manera inmediata.

Como es sabido, por medio de la normativa estudiada en esta monografía, se someten a gravamen en nuestro país determinadas fuentes de renta obtenidas por entidades no residentes participadas de forma mayoritaria por personas o entidades que presentan una determinada conexión con el territorio español. Su empleo trata de evitar que quiebre el principio de tributación por la renta mundial, aparte de significar, claro está, un mecanismo antielusivo de carácter específico.

Reconozco que me cuesta mucho no ser parcial con el autor, José ALMUDÍ, y con la obra de la que doy noticia. Conocí al autor en las aulas de la Facultad de Derecho cuando todavía cursaba sus estudios de licenciatura en el tiempo que le quedaba tras la preparación diaria deportiva como miembro del equipo nacional de atletismo. Culminó ambas metas brillantemente y después de realizar sus estudios de tercer ciclo –que simultaneó con el desarrollo del *Máster en Tributación y Asesoría Fiscal* del Centro de Estudios Financieros–, dio por concluida su tesis doctoral, de la que procede este libro, que fue juzgada con la máxima calificación, mereciendo después el premio extraordinario de doctorado del año 2003 y el premio del Instituto de Estudios Fiscales del año 2004.

Estos galardones, como recuerda su director, el profesor FALCÓN, avalan el rigor científico del estudio llevado a cabo, y que con un lenguaje claro y preciso permite no sólo profundizar en el exacto significado y alcance de la transparencia fiscal internacional, sino también llegar a un cabal entendimiento de los problemas que plantea en su actual configuración, lo que sin duda será de enorme utilidad tanto con vistas a un progresivo perfeccionamiento de este régimen (de hecho, algunas de las propuestas incluidas en la tesis han sido ya recogidas por el legislador), como desde la perspectiva de los contribuyentes y de quienes asumen profesionalmente la defensa de los intereses de éstos.

El régimen de transparencia fiscal internacional es un régimen poco estudiado por la doctrina científica. Entre los motivos barajados por el autor para ilustrar sobre dicho desinterés estarían la posibilidad de que su aplicación resulte eludida a través de una relativamente sencilla planificación por parte de los contribuyentes y, por otro lado, la dificultad de proceder a un estudio exhaustivo del régimen porque ello exige el análisis de la normativa interna y comparada. La completa comprensión de la normativa sobre transparencia fiscal internacional requiere, además, como expone ALMUDÍ CID, el análisis de las normas

pertencientes al Derecho internacional tributario, concebido como un verdadero límite a la soberanía fiscal del Estado español.

El libro del profesor ALMUDÍ consta de cinco capítulos rematados con la extensa indicación de las fuentes bibliográficas consultadas durante la investigación.

En el primer capítulo, se ponen de manifiesto los antecedentes del régimen de transparencia fiscal internacional, surgido en los Estados Unidos en 1937, al adoptar las «*Foreign Personal Holding Company Provisions*» y, posteriormente, con la introducción en 1962, en el *Internal Revenue Code* de la legislación sobre «*Controlled Foreign Companies*». Esta normativa se iría incorporando después en otros Estados, entre los que se encuentra España; primero con la reacción contra el diferimiento impositivo que los contribuyentes podían alcanzar por medio de la interposición de entidades en nuestro territorio y, después, con la regulación de los efectos fiscales de la interposición societaria en el extranjero. Actualmente, la regulación de la figura estudiada se halla en los artículos 92 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y 107 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (aprobados, respectivamente, por medio de los RDLeg. núms. 3 y 4/2004, de 5 de marzo).

Prosigue el trabajo exponiendo las diferencias y similitudes de la transparencia fiscal internacional con el derogado régimen de transparencia interna que se introdujo en la primigenia Ley del IRPF, así como con el régimen de atribución de rentas, tras lo cual se llega a la siguiente propuesta conceptual del primero de dichos regímenes: «obliga a los sujetos pasivos del IRPF y del IS a incluir en su base imponible determinadas rentas pasivas, así como aquellas que determinen una erosión de la base imponible de entidades vinculadas establecidas en nuestro país, obtenidas por entidades no residentes controladas por dichos sujetos. Tales rentas serán objeto de imputación únicamente cuando el impuesto de naturaleza análoga al IS satisfecho por dichas entidades resulte inferior al 75 por 100 del que hubiese correspondido satisfacer aplicando las reglas y principios contenidos en la LIS».

Todavía en el primer capítulo, al referirse al fundamento –jurídico y extrajurídico– del régimen analizado, destaca el tratamiento de los problemas de constitucionalidad que plantea la transparencia. Teniendo en cuenta las líneas generales de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el principio de capacidad contributiva, ALMUDÍ repasa varios aspectos del régimen de transparencia fiscal internacional que podrían colisionar con el artículo 31 de la Constitución. En primer término, la imputación de rentas a los partícipes en la entidad extranjera, con independencia de que aquéllas hayan sido efectivamente distribuidas. De esta manera, en la mayoría de los supuestos, se estarán gravando rentas potenciales de contribuyentes residentes en nuestro país –lo cual no es, *per se*, inconstitucional–, dado que, cuando los socios formen parte del grupo de control, podrán decidir si dichas rentas son objeto de distribución o no. Sin embargo, en relación a quienes sólo detentan derechos de voto en la entidad extranjera, podría estarse gravando una renta que ni siquiera es potencial para el titular de participaciones en las que se han escindido los derechos económicos y políticos. Entonces, la figura de la transparencia estaría gravando una renta que, por inexistente o ficticia, pospondría el enunciado de la capacidad económica. Esto mismo podría darse, siguiendo el recorrido efectuado por el autor, por la imposibilidad de imputar al partícipe bases imponibles negativas y el hecho de que no se puedan compensar las rentas pasivas obtenidas entre sí. También por la imputación de resultados en situaciones en que se haya desmembrado el dominio de la participación y habida cuenta de las limitaciones impuestas a la deducibilidad de los tributos satisfechos en territorios calificados como paraísos fiscales.

Cierra el primer capítulo del trabajo el señalamiento de los criterios de clasificación de los distintos regímenes de transparencia fiscal internacional –según cuál sea el mecanismo de determinación del ejercicio de un efectivo control por parte de los socios sobre la entidad no residente, la tributación soportada por la entidad extranjera y la naturaleza de los rendimientos obtenidos por la misma– y la somera exposición posterior de los más relevantes sistemas presentes en el Derecho comparado (Alemania, Australia, Canadá, Corea, Dinamarca, EE.UU., Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Japón, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido y Sudáfrica).

El capítulo segundo se ocupa de la naturaleza jurídica del régimen de transparencia fiscal internacional como cláusula antielusión específica –lo cual no estaría reñido con el hecho de tratarse de una norma antidiferimiento impositivo–, perteneciente al ordenamiento interno, pero que incluye un elemento de extranjería en su presupuesto de hecho que provoca la concurrencia de la figura con otras específicas normas de similar factura como son las normas de operaciones vinculadas, de subcapitalización o antiparaíso. Todas estas medidas específicas se encaminan a evitar la elusión fiscal y surgen, como es sabido, por un lado, por la generalización de determinados esquemas elusivos y, por otro lado, por las dificultades prácticas que plantea la aplicación de las cláusulas generales antielusivas previstas por el ordenamiento interno (v. gr.: arts. 15 y 16 de la LGT).

El profesor ALMUDÍ realiza un pormenorizado estudio de las circunstancias que determinarán la prevalencia de cada uno de dichos regímenes antielusivos en los supuestos en que pueden solaparse. Así, en relación con las operaciones vinculadas gravadas por el IS –normativa de exclusiva aplicación administrativa–, en la mayoría de los supuestos se aplicará preferentemente el régimen de transparencia fiscal internacional, lo que tiene importantes consecuencias en el ámbito sancionador.

Sin embargo, el artículo 45 del texto refundido de la Ley del IRPF, a través del que se regulan las operaciones vinculadas en este impuesto, resulta aplicable tanto por el contribuyente como por la Administración, por lo que, normalmente, el socio persona física habrá de realizar el ajuste al que se refiere el número 2 de dicho precepto, lo que no impedirá la posterior imputación por transparencia. Este mismo razonamiento se aplica a la norma sobre subcapitalización, lo que implica que el régimen de transparencia fiscal internacional se verá normalmente desplazado por la aplicación del otro, sin perjuicio de que, cuando la entidad española se endeuda sin exceder los límites fijados por el artículo 20 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, resulte aplicable la transparencia. E igual solución se propone en relación con la limitación a la deducibilidad de los gastos derivados de servicios prestados desde paraísos fiscales.

En cuanto a la concurrencia con las cláusulas generales antielusión, el autor considera que no podrá aplicarse el denominado conflicto en la aplicación de la norma tributaria por existir una norma específica como la de transparencia fiscal internacional; y ello tanto si concurren los requisitos para la imputación de la renta de la sociedad participada, como cuando el contribuyente se encuentra fuera de los límites fijados en el régimen de transparencia (*safe harbors*).

La conclusión alcanzada sobre la naturaleza de la figura examinada pasa por su calificación como «hecho imponible complementario» –de forma similar al derogado régimen de transparencia fiscal interna–, mera ampliación del hecho imponible típico (obtención de renta) por la mera participación en una sociedad extranjera, domiciliada en un territorio de baja tributación, que obtiene determinadas fuentes de renta.

Este razonamiento favorece que el estudio del régimen jurídico de la transparencia fiscal internacional en el ordenamiento jurídico español, que se lleva a cabo en el capítulo tercero, se realice desde la óptica de la teoría clásica del hecho imponible: presupuestos objetivo (aspectos material, espacial, temporal y cuantitativo) y subjetivo, sujetos pasivos a quienes se realiza la imputación, obligaciones formales y facultades administrativas de comprobación e investigación. Una versión resumida del contenido del amplio tratamiento efectuado en el libro que recensionamos se encuentra en la aportación realizada por ALMUDÍ CID en el libro dirigido por Fernando SERRANO ANTÓN y publicado por el Centro de Estudios Financieros: *Fiscalidad Internacional* –2.ª edición, Madrid, 2005– (vid. el capítulo 22, págs. 835-912), que ya recibió nuestro comentario desde las páginas de esta Revista (vid. número 265, de abril de 2005, págs. 265-268).

Los dos últimos capítulos se dedican a estudiar los efectos que provoca la concurrencia de la transparencia fiscal internacional con los Convenios de Doble Imposición internacional y con el Derecho Comunitario, tanto originario como derivado. Ambas cuestiones son especialmente complejas, pese a que el autor demuestre sobradamente su sólido bagaje que le permite no sólo exponer con claridad y sistemática los problemas que se presentan y las diferentes soluciones ofrecidas, sino también escoger sin tapujos la alternativa que le parece más razonable en cada caso.

Así, el profesor ALMUDÍ considera que no es posible aplicar el artículo 7 del Modelo de Convenio de la OCDE a todas las situaciones contempladas por la normativa de transparencia fiscal internacional, entre otras razones, porque las rentas obtenidas por una entidad no serán siempre «beneficios empresariales». Es el artículo 10 del citado Modelo el que, a juicio de ALMUDÍ, determina la incompatibilidad de la normativa de transparencia fiscal internacional con los Convenios de Doble Imposición celebrados por España al establecer una restricción temporal al gravamen de los dividendos que pueda distribuir la entidad no residente participada, de modo que, mientras los dividendos no se hagan efectivos, el Estado de residencia de los socios no podrá someterlos a imposición.

Hay que tener en cuenta, además, que en el Modelo de Convenio las sociedades se someten a una tributación independiente a la de sus socios o partícipes y que el hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad del otro Estado no convierte por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra. Esto implica que no bastará con garantizar que la doble imposición económica y jurídica que genera la transparencia fiscal internacional se corrija en los términos que pueda contemplar el propio Convenio, sino que además resulta imprescindible que se respete la personalidad jurídica independiente de la entidad participada con todas sus consecuencias en el plano fiscal. Dicha regla sólo podrá romperse en los supuestos en los que se obtenga la renta a través de un establecimiento permanente, por lo que, en su ausencia, el artículo 7.1 del Modelo de Convenio se configura como una *complete distributive rule*, circunstancia que, como señala ALMUDÍ, dará lugar a que el Estado de residencia de los socios deba abstenerse de gravar dichos rendimientos. Cuestión distinta será que, una vez que dicho beneficio se reparta de forma efectiva, tales rendimientos pasen a ser gravados en territorio español como dividendos, puesto que esta posibilidad está expresamente prevista por el Modelo de Convenio de la OCDE.

Finalmente, el autor considera incompatible el régimen de transparencia fiscal internacional con el Derecho comunitario originario, razonándolo sobre la base de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de diciembre de 2002, en el caso Lankhorst-Hohorst, sobre el régimen de

subcapitalización alemán, lo que llevó al legislador español a excluir dicho régimen, desde el 1 de enero de 2004, en relación con sociedades residentes en otro Estado miembro, siempre y cuando no se trate de un paraíso fiscal. De ALMUDÍ CID, véase el trabajo «Las libertades fundamentales comunitarias impiden la aplicación del Régimen de Transparencia Fiscal Internacional incluso cuando la entidad participada es residente en terceros Estados», publicado en la revista *Quincena Fiscal*, núm. 19 de 2003, antes de que dicha modificación legislativa se produjera.

Estamos, en suma, ante un trabajo redondo; cosa que ya aventuraba la prolífica *producción menor* del autor –de más pequeña extensión, que no en importancia, por tratarse de artículos de revistas y capítulos de libros– y que, de seguro, pronto estará seguido de otras excelentes monografías que leeremos con mucho gusto.

Miguel Ángel Martínez Lago