

TRIBUTACIÓN	LEY 62/2003, DE 30 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES (II)	Núm. 17/2004
--------------------	---	-------------------------

EDUARDO SANZ GADEA

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas

Extracto:

LAS normas relativas al Impuesto sobre Sociedades contenidas en la Ley 62/2003 pueden ser caracterizadas como determinantes del repliegue de las normas antiabuso específicas del ámbito internacional en relación con la Unión Europea, y el despliegue de los incentivos fiscales. Apenas transcurridos ocho años de la entrada en vigor de la Ley 43/1995, los incentivos fiscales de la más variada naturaleza han recalado en la misma, en evidente pugna con el principio de neutralidad. Ahora la abandonan, en relación con la Unión Europea, dos señaladas normas antiabuso: la subcapitalización y la transparencia fiscal internacional.

Sumario:

1. El repliegue de la norma antisubcapitalización.
 - 1.1. Efectos jurídicos del nuevo mandato.
 - 1.2. Aplicación en el tiempo.
 - 1.3. Efectos en relación con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición.
 - 1.4. La sentencia Lankhorst.
 - 1.5. Análisis de la esencia de la subcapitalización.
 - 1.5.1. Efectos prácticos de la nueva norma.
 - 1.5.2. La eficacia de la norma antisubcapitalización.
 - 1.5.3. Elementos para la construcción de una norma antisubcapitalización.
 - 1.5.3.1. Una norma antisubcapitalización eficaz.
 - 1.5.3.2. Una norma antisubcapitalización fácil de aplicar.
 - 1.5.3.3. Una norma antisubcapitalización compatible con los convenios para evitar la doble imposición internacional.
 - 1.5.3.4. Una norma antisubcapitalización compatible con el ordenamiento comunitario.
 - 1.5.3.5. Problemas de doble imposición.
 - 1.6. Operaciones financieras asociadas a activos financieros.
 - 1.7. Aplicación de las normas sobre empresas asociadas establecidas en los convenios para evitar la doble imposición.
2. El repliegue de la transparencia fiscal internacional.
 - 2.1. Efectos jurídicos del nuevo mandato.

- 2.2. Aplicación en el tiempo.
 - 2.3. Relación con el régimen de las instituciones de inversión colectiva.
 - 2.4. La incompatibilidad de la transparencia fiscal internacional con el Derecho comunitario.
3. El préstamo de valores.
 - 3.1. Descripción del préstamo de valores.
 - 3.2. Préstamos afectados por la regulación.
 - 3.3. Tributación del prestamista.
 - 3.3.1. Prestamista sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades.
 - 3.3.1.1. Transmisión de los valores y su recuperación.
 - 3.3.1.2. Precio del préstamo.
 - 3.3.1.3. Compensaciones.
 - 3.3.1.4. Depreciación de los valores prestados.
 - 3.3.1.5. Deducción para evitar la doble imposición de dividendos.
 - 3.3.2. Prestamista sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - 3.3.2.1. Entrega de los valores y su recuperación.
 - 3.3.2.2. Precio del préstamo.
 - 3.3.2.3. Compensaciones.
 - 3.3.2.4. Depreciación de los valores prestados.
 - 3.3.2.5. Deducción para evitar la doble imposición de dividendos.
 - 3.4. Tributación del prestatario.
 - 3.4.1. Prestatario sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades.

- 3.4.1.1. Adquisición de los valores y su devolución.
- 3.4.1.2. Precio del préstamo.
- 3.4.1.3. Compensaciones.
- 3.4.1.4. Depreciación de los valores recibidos en préstamo.
- 3.4.1.5. Deducción para evitar la doble imposición de dividendos.
- 3.4.2. Prestatario sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - 3.4.2.1. Adquisición de los valores y su devolución.
 - 3.4.2.2. Precio del préstamo.
 - 3.4.2.3. Compensaciones.
 - 3.4.2.4. Depreciación de los valores recibidos en préstamo.
 - 3.4.2.5. Deducción para evitar la doble imposición de dividendos.
- 3.5. Obligación de retener.
- 4. El despliegue de los incentivos fiscales.
- 5. La exención de dividendos y plusvalías de fuente extranjera.

1. EL REPLIEGUE DE LA NORMA ANTISUBCAPITALIZACIÓN

El artículo 2.Dos de la Ley 62/2003 ha incorporado un nuevo apartado al artículo 20 de la Ley 43/1995, en cuya virtud el mandato contenido en el mismo no será aplicable «... cuando la entidad vinculada no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal...».

La nueva norma reviste un gran interés, tanto desde la perspectiva de la técnica como de la política tributaria. Son varios los aspectos a considerar, entre los que se destacan los siguientes: efectos del nuevo mandato, aplicación temporal, relación con la sentencia Lankhorst, reacción probable de los sujetos pasivos, y, finalmente, esbozo de las alternativas, si las hubiere.

1.1. Efectos jurídicos del nuevo mandato.

El efecto del nuevo mandato consiste en recortar del campo de aplicación de la norma antisubcapitalización en relación con aquellos supuestos de hecho en los que el endeudamiento neto remunerado, directo o indirecto, procede de una entidad residente en algún Estado miembro de la Unión Europea. Lo decisivo, por tanto, es el lugar de residencia de la entidad prestamista. No lo es, por el contrario, el lugar de residencia de la sociedad dominante de un grupo de sociedades. Así, la norma antisubcapitalización no se aplicará tampoco frente a supuestos de sociedades filiales residentes en territorio español dependientes de grupos de sociedades cuya sociedad dominante sea extracomunitaria, con tal que la sociedad prestamista resida en algún Estado miembro de la Unión Europea. Tampoco se aplicará cuando la sociedad dominante sea residente en territorio español con tal que la sociedad prestamista sea residente en algún Estado miembro de la Unión Europea. El elemento relevante es el lugar de la residencia de la sociedad vinculada prestamista.

Para aplicar la norma deberá, no obstante, atenderse a la residencia de la sociedad que efectivamente tenga la condición de prestamista, de manera tal que la interposición de una sociedad comunitaria la cual recibe financiación de otra extracomunitaria, ambas del mismo grupo mercantil, no

enervará la aplicación de la norma antisubcapitalización. Ahora bien, la prueba de tal interposición corresponde a quien la alegue, esto es, llegado el caso, a la Administración tributaria. Bien conocido es que tal prueba es verdaderamente difícil. Por otra parte, las prácticas de los grupos de sociedades multinacionales, consistentes en la integración de funciones empresariales de financiación y tesorería en sociedades especializadas, rinden tal prueba en colosal empeño. Lo previsible, por tanto, es un recorte muy amplio de los supuestos de aplicación práctica de la norma antisubcapitalización.

Lo previsto en el nuevo apartado 4 del artículo 20 se aplica cualquiera que sea el resultado contable o la base imponible de la sociedad vinculada residente en territorio español. Es posible, por tanto, que los intereses derivados de una situación de subcapitalización que, sin embargo, no puede ser regularizada por impedirlo el referido apartado, lleven a una sociedad a una situación de pérdidas, contables y fiscales, que en su vertiente fiscal hubieran podido ser eliminadas en ausencia de la nueva norma. Tales pérdidas fiscales podrán, por otra parte, integrarse en una base imponible consolidada. No obstante, la situación continuada de pérdidas encontrará un límite en las normas mercantiles sobre el capital y el patrimonio contable.

La nueva norma se aplica frente a todos los Estados miembros de la Unión Europea, cualquiera que sea el alcance de sus normas antisubcapitalización, si las tuvieren. Por tanto, excepto si todos los países de la Unión Europea optan por una solución similar a la adoptada por el legislador español, nos encontraremos con que las sociedades filiales pertenecientes a grupos de sociedades españoles podrán sufrir los efectos de una norma antisubcapitalización de un Estado miembro de la Unión Europea, en tanto que las sociedades filiales residentes en España de grupos de ese Estado miembro serán inmunes a nuestra norma antisubcapitalización.

La nueva norma no atiende al dato del régimen fiscal ni de la tributación efectiva de la sociedad vinculada prestamista. Por tanto, sociedades que soporten una tributación reducida también enervarán la norma antisubcapitalización, a condición de que residan en algún Estado miembro de la Unión Europea. No obstante, cuando el lugar de residencia de la persona o entidad vinculada sea un paraíso fiscal, la norma antisubcapitalización sí será aplicable. El único territorio de la Unión Europea calificado reglamentariamente como paraíso fiscal es Gibraltar.

Probablemente el progreso del Código de Conducta podrá paliar algunas inquietudes, pero no eliminarlas, desde el punto y hora que el tipo general de gravamen reducido cae fuera de su campo de aplicación (Irlanda: 12,5%), y que algunos regímenes privilegiados luchan por pervivir con ligeras modificaciones o logran generosos períodos transitorios.

La nueva norma no hace decaer los coeficientes de subcapitalización aprobados por la Administración tributaria al amparo del artículo 20.3 de la Ley 43/1995, aun cuando su utilidad práctica desaparezca en aquellos supuestos de inaplicación de la norma antisubcapitalización. Por otra parte, es posible que a lo largo de los diferentes períodos impositivos el referido supuesto de inaplicación se presente o desaparezca, pues la persona o entidad prestamista puede variar a lo largo del tiempo. Por eso, inclusive, tendría sentido que se solicitase un coeficiente de subcapitalización distinto del legalmente establecido aun cuando la financiación proviniera de una persona o entidad residente en algún Estado miembro de la Unión Europea.

1.2. Aplicación en el tiempo.

El recorte de la norma antisubcapitalización se aplica con efectos para los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2004.

La situación de subcapitalización ha podido originarse en un período impositivo anterior, pero esto es intrascendente. Cualquiera que sea el período impositivo del que procede la referida situación, a partir de 1 de enero de 2004 la norma antisubcapitalización no se aplicará cuando la persona o entidad prestamista resida en un Estado miembro de la Unión Europea.

No existe un régimen transitorio, y no es de extrañar porque es totalmente innecesario. En efecto, el supuesto de hecho de la norma antisubcapitalización se reproduce a lo largo de los sucesivos períodos impositivos, de manera tal que es en cada uno de ellos en los que concurren, en su caso, los requisitos determinantes de su aplicación. La norma antisubcapitalización no genera situaciones en un período impositivo que deban surtir efecto en otro u otros. Por el contrario, el supuesto de hecho de la misma genera una situación cuyos efectos nacen y se agotan en cada período impositivo.

Tampoco tiene efectos retroactivos, porque nada se prevé en tal sentido, y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.2 de la Ley General Tributaria, las normas tributarias no tienen efectos retroactivos excepto si en las mismas se prevé lo contrario. Cuestión diferente es que se postule la incompatibilidad de la norma antisubcapitalización con el Derecho comunitario, y que por tal vía se pretenda su inaplicación ante los tribunales.

1.3. Efectos en relación con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición.

En algunos convenios bilaterales para evitar la doble imposición, generalmente recientes o renegociados, España ha incluido cláusulas protocolarias salvando expresamente la aplicación de la norma antisubcapitalización interna. De entre los países de la Unión Europea así sucede con Francia, Portugal y Dinamarca.

Puesto que tales cláusulas no establecen la norma antisubcapitalización, sino que permiten la aplicación de la existente, tal norma no se aplicará cuando la entidad prestamista vinculada resida en Francia, Portugal y Dinamarca, por ser Estados miembros de la Unión Europea. La norma protocolaria carecerá de efectividad porque el supuesto de hecho determinante de su aplicación ha sido removido por el nuevo apartado 4 del artículo 20 de la Ley 43/1995, pero continúa en vigor, de manera tal que si en el futuro el citado apartado 4 es derogado la norma protocolaria volverá a tener efectividad.

1.4. La sentencia Lankhorst.

La sentencia del Tribunal de Justicia (C-324/00) declaró contraria al derecho o libertad de establecimiento una norma fiscal alemana antisubcapitalización cuyo contenido era muy similar a la norma del artículo 20 de la Ley 43/1995. La reacción del legislador español ha sido diligente, pues, en efecto, la nueva norma evita la situación de infracción del ordenamiento comunitario en la que, tras la sentencia Lankhorst, se hallaba la norma antisubcapitalización española. Pero la cuestión no es si el legislador español ha evitado la infracción del principio o derecho de libertad de establecimiento, que lo ha hecho, sino si lo ha hecho de la manera más idónea. Para responder a tal cuestión es necesario hacer algunas observaciones a la sentencia Lankhorst. No se trata de efectuar una crítica rigurosa de la misma, sino de atisbar las posibles alternativas que, en relación con la construcción de una norma antisubcapitalización, abre la referida sentencia. En este sentido, pueden hacerse tres observaciones:

- Que la sentencia no rechazaba radicalmente la norma antisubcapitalización, sino que fundamenta la violación de la libertad de establecimiento en la «... diferencia de trato entre filiales residentes en función del domicilio de su sociedad matriz...» (apdo. 32).
- Que la sentencia no hubiera rechazado una norma antisubcapitalización que hubiera tenido «... por objeto específico excluir de una ventaja fiscal los montajes puramente artificiales...» (apdo. 37).
- Que la sentencia no proscriba la aplicación del principio de libre competencia, en el que, en último extremo, descansa la legitimidad de la norma antisubcapitalización, cuando la misma ha de ser aplicada en relación con países vinculados por un convenio para evitar la doble imposición (apdos. 39 y 42).

Esta última afirmación requiere alguna explicación adicional. Los gobiernos alemán y británico alegaron la doctrina de la «coherencia de los regímenes tributarios» (véase, por todas, la sentencia Bachmann), establecida por el propio Tribunal de Justicia, para albergar bajo la misma a la norma antisubcapitalización, en cuanto garante del principio de libre competencia, a su vez reconocido en el artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE. El Tribunal de Justicia rechazó la aplicación de la referida doctrina, en base a una cláusula de estilo limitativa de su campo de aplicación derivada de la doctrina del «doble vínculo» (véase, por todas, la sentencia Verkooijen), pero sin entrar a examinar la compatibilidad del principio de libre competencia con el ordenamiento comunitario, lo que, por otra parte, posiblemente hubiera ido más allá de su cometido. En cualquier caso, debe quedar bien claro que el Tribunal de Justicia no se ha pronunciado sobre la compatibilidad del principio de libre competencia, relativo a las operaciones entre empresas asociadas, con el ordenamiento comunitario.

De lo expuesto se deduce que la solución adoptada por el legislador español frente a la sentencia Lankhorst no era la única permitida por la misma. Esta sentencia dejaba abierta la puerta a otras soluciones, tales como la extensión de la norma antisubcapitalización a las situaciones puramente internas, o la inclusión en el supuesto de hecho determinante de su aplicación de elementos configuradores de operaciones artificiosas destinadas a reducir indebidamente la tributación de la sociedad filial prestataria.

1.5. Análisis de la esencia de la subcapitalización.

La sentencia Lankhorst puso de actualidad la subcapitalización. Dio pie a las Administraciones tributarias, expertos y universitarios a indagar sobre tan importante cuestión para la correcta aplicación del Impuesto sobre Sociedades en una economía global. La abundante literatura especializada es buena prueba de ello. La inequívoca respuesta del legislador español no debería tener por efecto dar por concluida la reflexión sobre la materia, sino, por el contrario, constituir acicate para continuarla. Algunas preguntas deberían ser respondidas:

¿Cuál será el efecto de la no aplicación de la norma antisubcapitalización? ¿Es eficaz la norma antisubcapitalización prevista en el artículo 20 de la Ley 43/1995? ¿Qué elementos deberían integrar una norma antisubcapitalización eficaz, sencilla de aplicar, respetuosa con el ordenamiento comunitario y con los principios que sustentan los convenios para evitar la doble imposición internacional?

1.5.1. Efectos prácticos de la nueva norma.

Aparentemente la inaplicación de la norma antisubcapitalización frente a países de la Unión Europea debería suponer el aumento de endeudamiento de las sociedades filiales residentes en territorio español y la mengua de los beneficios imponibles de las mismas. La medida en que este fenómeno se producirá es difícil de prever, pero tal vez no sea todo lo aparatosa que podría temerse, por varias razones. La primera, porque la norma antisubcapitalización no se venía aplicando en relación con el Reino Unido por así establecerlo el artículo 11.6 del convenio hispano-británico (BOE de 18 de noviembre de 1976), de manera tal que el nuevo apartado 4 del artículo 20 lo único que habría venido a innovar es extender a todos los Estados miembros de la Unión Europea lo ya aplicable respecto del citado país. La segunda, porque, como se verá más adelante, la eficacia de la norma antisubcapitalización del artículo 20, fundamentada en la estructura financiera vinculada de la entidad residente en territorio español, es muy escasa, debido a que, en la práctica, el endeudamiento vinculado remunerado de carácter indirecto es difícilmente desvelable a través de las actuaciones inspectoras. La tercera, y en adelante mientras no se modifique o derogue el nuevo apartado 4 del artículo 20 ha de ponerse la fe en ella, porque debido a la acción del Código de Conducta los regímenes tributarios privilegiados están siendo desmantelados, de manera tal que disminuyen los alicientes u oportunidades para desplazar beneficios a través de endeudamientos anómalos.

Pero aun cuando la merma recaudatoria derivada de la nueva norma fuera no excesiva en términos absolutos, lo que sí parece claro es que la protección que la norma antisubcapitalización depa-raba al principio de libre concurrencia ha desaparecido en relación con los restantes Estados miembros de la Unión Europea. Éste, y no el recaudatorio en términos absolutos, es el efecto inquietante de la nueva norma. En adelante, todas las filiales de grupos multinacionales europeos podrán ostentar una estructura financiera derivada de sus relaciones financieras con otras sociedades del mismo grupo que tal vez no hubieran podido entablar con los prestamistas independientes (entidades de crédito), disminuyendo el beneficio gravable en España.

El efecto del nuevo apartado 4 del artículo 20 es abdicar de proteger el principio de libre competencia. Esta abdicación probablemente solamente debería haberse efectuado en el contexto de una norma armonizadora, es decir, en el marco de la no aplicación de la norma antisubcapitalización en el ámbito de la Unión Europea, y es muy posible que tal norma armonizadora solamente hubiera podido aprobarse bajo la hipótesis de convergencia de tipos de gravamen, lo que actualmente no es el caso (Irlanda: 12,5%).

Así pues, la nueva norma levanta la protección, por exigua o ineficiente que ésta fuera, del principio de libre competencia, en relación con las operaciones de financiación de los grupos de sociedades europeos. No es de extrañar, por lo tanto, que el dictamen del Consejo Económico y Social haya advertido de los riesgos de elusión fiscal que el proyecto de ley presentado por el Gobierno, recortando el ámbito de la norma antisubcapitalización, podría entrañar. El dictamen, bien se ve, no fue, en este punto, escuchado.

1.5.2. La eficacia de la norma antisubcapitalización.

La eficacia de la norma antisubcapitalización del artículo 20 de la Ley 43/1995, es muy escasa porque sólo contempla la financiación ajena o endeudamiento recibido de una entidad no residente vinculada, aunque en tal endeudamiento se contempla también el de carácter indirecto, esto es, el obtenido de un tercero que a su vez ha obtenido financiación de una entidad no residente vinculada o que ha sido garantizado por la misma. Todo el endeudamiento recibido de terceros queda fuera del campo de aplicación de la norma antisubcapitalización. Y así sucede que si la entidad matriz no residente toma financiación de un tercero y luego la distribuye o canaliza hacia la sociedad residente, se puede presentar el supuesto de hecho de la subcapitalización, pero si ordena al tercero que entregue directamente la financiación a la entidad residente ya no se presentará. Y, sin embargo, estamos sustancialmente ante el mismo hecho. No ha habido una relación financiera entre dos entidades vinculadas, pero sí una decisión, adoptada por la entidad matriz, imponiendo una determinada estructura financiera a una sociedad filial.

La norma antisubcapitalización del artículo 20 tiene, por tanto, un campo de aplicación muy restringido, pues no cubre lo que podríamos denominar las decisiones de financiación que, por motivos fiscales, impone la sociedad matriz a la sociedad filial, cuando tales decisiones se ejecutan a través de operaciones financieras con terceros.

La subcapitalización fiscalmente relevante tiene su origen en una decisión financiera que la sociedad matriz impone a la sociedad filial. Unas veces tal decisión se ejecuta mediante una operación financiera intragrupo, otras veces mediante una operación financiera externa, pero el resultado práctico es el mismo, en relación con la sociedad filial a la que se ha impuesto una determinada estructura financiera. La vigente norma antisubcapitalización sólo contempla aquellos supuestos en los que la ejecución es intragrupo.

Ahora bien, ¿cómo construir una norma antisubcapitalización que recoja todas las formas en como se ejecuta la decisión de subcapitalizar por motivos fiscales a una determinada entidad?

1.5.3. Elementos para la construcción de una norma antisubcapitalización.

1.5.3.1. Una norma antisubcapitalización eficaz.

Es evidente que la decisión de subcapitalizar por motivos fiscales debe objetivarse, para construir una norma antisubcapitalización consistente. Una forma de lograr la objetivación de la situación de subcapitalización consiste en comparar la estructura financiera de la entidad residente con la del grupo de sociedades al que pertenece. Esta comparación puede hacerse a través de varios índices, pero quizá el más idóneo es el que compara los gastos financieros devengados con el valor del activo, pudiéndose dar mayor peso relativo al activo inmovilizado. El grupo tiene un activo y la entidad residente otro, el grupo registra en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada unos gastos financieros y la entidad residente registra otros gastos financieros en su cuenta de pérdidas y ganancias individual. Los intereses que registra la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada son los relativos a operaciones con terceros, y los que registra la cuenta de pérdidas y ganancias individual son tanto los relativos a operaciones con terceros como intragrupo. La entidad residente en territorio español podría entenderse subcapitalizada cuando se produjera la siguiente desigualdad:

$$\frac{\text{Intereses consolidados}}{\text{Activo consolidado}} < \frac{\text{Intereses individuales}}{\text{Activo individual}}$$

Como casi todos los índices, el que se propone es tosco, pero mucho más certero que el actualmente vigente para determinar la existencia de una situación de subcapitalización. En efecto, el índice propuesto toma en consideración todos los intereses, y no sólo los derivados de operaciones internas, de manera tal que es inmune a las operaciones que ocultan endeudamiento vinculado (*back-to-back*). También es inmune a las operaciones de desdoblamiento financiero en las que la matriz constituye una sociedad filial y ésta a su vez otra y así sucesivamente, de manera tal que en los balances individuales aparecen cifras de capital procedentes de operaciones internas que amparan, a efectos de la subcapitalización, préstamos intragrupo.

El índice propuesto, o cualquier otro que tome en consideración el grupo de sociedades, parte del hecho de que, en realidad, la entidad filial residente en territorio español no es sino una parte de la empresa que ejecuta la sociedad matriz a través de una pluralidad de titularidades jurídicas, esto es, de las sociedades filiales. La empresa es única, la titularidad jurídica de la misma es plural.

En este sentido, la empresa soporta unas cargas financieras, y de lo que se trata es de imputar las mismas a las diferentes sociedades que integran el grupo. La empresa no soporta otras cargas financieras que las derivadas de las operaciones con terceros, en tanto que las sociedades pueden registrar en sus cuentas individuales de pérdidas y ganancias intereses por operaciones con terceros y también puramente internas. Pero la subcapitalización no se presenta por causa de los intereses puramente internos sino que se manifiesta a través de una sobrecarga de intereses, sean internos o externos, en una determinada sociedad, respecto de la carga financiera que soporta la empresa total, o, en otros términos, el grupo de sociedades.

En este sentido, la subcapitalización se presenta en cualquier sociedad del grupo que sufre una sobrecarga financiera, tanto interna como externa, por comparación con aquella carga financiera que soporta el grupo de sociedades.

Algunos países toman en consideración la estructura financiera del grupo de sociedades a los efectos de construir la norma antisubcapitalización. Es el caso de Australia y Nueva Zelanda.

Las normas sobre subcapitalización australianas contemplan no sólo a las sociedades residentes filiales de grupos extranjeros (*inbound groups*), sino también a las sociedades residentes con filiales en el extranjero (*outbound groups*), y es precisamente en relación con estos grupos que tiene relevancia la estructura financiera del grupo de sociedades. La norma de subcapitalización consiste en un «refugio seguro» (*safe harbour*), constituido por la relación 3/1 entre el endeudamiento y el capital, y en el endeudamiento (*debt*) se computa la totalidad de la deuda (*total debt*) y no sólo la procedente de entidades vinculadas no residentes (*related-party foreign debt*), pero si tal coeficiente es superado el contribuyente puede evitar su aplicación si satisface un test (*arm's length debt amount*) basado en la financiación que hubiera podido obtener de un prestamista independiente profesional en condiciones normales de mercado, y, además, tratándose de grupos con presencia en el exterior el montante máximo de endeudamiento puede ser determinado en función de la deuda y el capital del grupo mundial (*worldwide gearing debt amount*).

En Nueva Zelanda existen unas normas similares.

De acuerdo con lo expuesto, la construcción de un refugio seguro en base a la estructura económica y financiera del grupo de sociedades dotaría a la norma de subcapitalización de una eficacia superlativa puesta en relación con la que actualmente tiene.

La determinación de la situación de subcapitalización a través de un coeficiente construido en función de las cuentas anuales consolidadas implica, en el fondo, un juicio sobre la distribución de la carga financiera soportada por el grupo de sociedades en su conjunto entre las entidades que lo conforman. El grupo, en su conjunto o como un todo, soporta una carga financiera frente a terceros. Esta carga financiera anida en las cuentas individuales de las diversas entidades del grupo, y también se refleja en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada. La suma de la carga financiera de las diversas cuentas de pérdidas y ganancias individuales no coincide necesariamente con la carga financiera reflejada en la cuenta de pérdidas y ganancias consolidada, puesto que mediante operaciones intragrupo se pueden crear intereses deudores en una o varias entidades cuya contrapartida son intereses acreedores en otra u otras entidades, todas ellas del grupo de sociedades.

Pero sin necesidad de realizar operaciones financieras intragrupo la sociedad dominante puede decidir, por motivos fiscales, sobrecargar de intereses deudores a una o varias sociedades del grupo, y, consecuentemente, supercapitalizar, por relación a la estructura financiera del grupo de sociedades, a otra u otras entidades. La situación de subcapitalización no deriva, por tanto, de operaciones financieras intragrupo. En el fondo de la subcapitalización late la decisión de distribuir la carga financiera que soporta el grupo de sociedades entre las sociedades que lo conforman no por motivos estrictamente económicos sino fiscales, en la medida que sea.

En este sentido, estamos en presencia de algo muy similar a la distribución de un coste común entre todas las entidades del grupo de sociedades. Y el tratamiento fiscal oportuno no puede ser otro que establecer una regla de razonabilidad en los criterios de distribución. Pues bien, la citada regla podría concretarse en un coeficiente que relacionase la carga financiera del grupo de sociedades con los activos del mismo, pero pudiera ser otra que igualmente capturase una relación objetiva construida en función del grupo de sociedades.

1.5.3.2. Una norma antisubcapitalización fácil de aplicar.

Una norma antisubcapitalización que tome en consideración la estructura económica y financiera del grupo de sociedades no es fácil de aplicar. La determinación de la desigualdad anteriormente planteada exige utilizar las cuentas anuales consolidadas, lo que podría arrojar una cierta dosis de complejidad, en particular si tales cuentas están elaboradas con arreglo a normas contables divergentes de las que se aplican en nuestro país. Es verdad que este inconveniente va a verse notablemente disminuido debido a la aplicación de las normas internacionales de contabilidad en el ámbito de la Unión Europea, y, todavía más, debido al programa de convergencia entre la IASC y la FASB.

Con todo, sería oportuno aplicar dosis de sencillez a la norma antisubcapitalización, lo que podría lograrse mediante el establecimiento de un «refugio seguro» absolutamente objetivo y automático que implicare exclusivamente la comparación entre un coeficiente legalmente establecido y la estructura económica y financiera derivada de las cuentas anuales de la sociedad concernida. Este coeficiente podría enfrentar al endeudamiento total con los fondos propios totales, y fijarse en la relación de 3/1, que es la actualmente vigente, si bien la misma sólo toma en consideración el endeudamiento neto vinculado con entidades no residentes.

La entidad que tuviera una estructura financiera acorde con tal coeficiente o «refugio seguro», no caería bajo el campo de aplicación de la norma de subcapitalización, aun cuando en la misma se cumpliera la desigualdad conformada en función de las magnitudes consolidadas.

En cualquier caso, ambas técnicas para medir la subcapitalización son mucho más fáciles de aplicar, y por supuesto eficaces, que la actualmente vigente, porque una y otra prescinden de la distinción entre endeudamiento directo o indirecto de carácter vinculado, verdadero obstáculo insuperable para la Administración tributaria.

1.5.3.3. Una norma antisubcapitalización compatible con los convenios para evitar la doble imposición internacional.

Los comentarios al artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE establecen que en base al artículo 9 es posible calificar si la financiación que se presenta como un préstamo debe ser calificada como aportación, pero que la aplicación de las normas internas antisubcapitalización no deberían tener por efecto determinar unos beneficios superiores a los derivados del principio de libre competencia.

Ahora bien, la aplicación de un «refugio seguro» inflexible (coeficiente legalmente fijado) desde luego que puede determinar el gravamen de beneficios superiores en el sentido expuesto, y también, aunque en menor medida, el «refugio seguro» flexible (coeficiente sobre las cuentas consolidadas). Por tal razón, la norma antisubcapitalización debería conceder al sujeto pasivo la oportunidad de probar que el endeudamiento que tiene contraído es perfectamente compatible con el principio de libre concurrencia, a cuyo efecto debería probar que lo hubiera podido obtener de un banquero independiente incluso sin contar con el respaldo financiero que implica la pertenencia a un grupo de sociedades, o también, como fórmula alternativa, que el exceso de endeudamiento por relación al coeficiente sobre las cuentas anuales consolidadas está justificado considerando las funciones, activos y riesgos asumidos por la entidad concernida.

En fin, se trataría de establecer una norma muy parecida a la actualmente contenida en el apartado 3 del artículo 20 de la Ley 43/1995, si bien con efectos tanto en el procedimiento previo como en el procedimiento de comprobación.

1.5.3.4. Una norma antisubcapitalización compatible con el ordenamiento comunitario.

Una norma antisubcapitalización congruente con el principio de libre concurrencia, pero aplicable solamente respecto de las entidades residentes en territorio español pertenecientes a grupos de sociedades cuya sociedad dominante no sea residente en territorio español, no superaría el dintel del ordenamiento comunitario, pues, como se expuso anteriormente, el Tribunal de Justicia consideró que la violación de la libertad de establecimiento se producía, justamente, porque la norma antisubcapitalización enjuiciada implicaba una diferencia de trato entre filiales residentes «... en función del domicilio de su sociedad matriz...».

La norma antisubcapitalización debería operar frente a cualquier entidad que pertenezca a un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, o bien, para limitar su campo de aplicación, a un grupo de sociedades constituido por relaciones de participación en el capital social, de carácter directo e indirecto, del 75 por 100, que es el porcentaje de participación determinante de la existencia de un grupo fiscal en el sentido del artículo 81 de la Ley 43/1995.

Nótese, de acuerdo con lo expuesto, el diferente alcance de la no discriminación en el ámbito de los convenios para evitar la doble imposición y en el ámbito del ordenamiento comunitario. En el ámbito de los convenios para evitar la doble imposición una norma antisubcapitalización que solamente se aplique en relación con el endeudamiento contraído con no residentes es correcta, con tal que sea respetuosa con el principio de libre concurrencia. Por el contrario, en el ámbito del ordenamiento comunitario, tal y como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia, es irrelevante que la norma antisubcapitalización sea respetuosa con el principio de libre concurrencia y que, por tal motivo, sean aplicables los ajustes para evitar la doble imposición. Lo relevante es que, a juicio del Tribunal de Justicia, la norma antisubcapitalización implica, en cuanto sólo afecte al endeudamiento contraído con entidades vinculadas no residentes, una diferencia de trato o discriminación generadora de un «... obstáculo a la libertad de establecimiento...».

1.5.3.5. Problemas de doble imposición.

La aplicación de la norma antisubcapitalización con efectos tanto externos como internos crearía un problema de doble imposición adicional al ya existente en una norma con efectos puramente externos, cuya solución, sin embargo, es automática en el marco de la tributación de los grupos fiscales, en la medida en que el sujeto pasivo es el propio grupo de sociedades, de manera tal que, por definición, se cumplirían las exigencias del coeficiente basado en las cuentas consolidadas, excepto si el grupo de sociedades cuya sociedad dominante es residente en territorio español tuviere presencia exterior. En este caso, ya no se daría la coincidencia entre sujeto pasivo y grupo de sociedades.

En los grupos multinacionales, ya sea la entidad dominante residente en el extranjero o en territorio español, la doble imposición derivada de la no deducción de intereses en el exceso calculado por aplicación del coeficiente sobre cuentas consolidadas, debe resolverse a través de los ajustes previstos en el artículo 9 del Modelo de Convenio.

Contemplado el problema de la subcapitalización como la distribución de la carga financiera del grupo de sociedades como un todo entre las diversas entidades que lo integran, por motivos fiscales, resulta evidente que la carga financiera cuya deducción se niega a una o varias sociedades por aplicación de la norma antisubcapitalización, habrá constituido ingreso financiero de otra u otras sociedades, cuya determinación y cuantía igualmente se hará en función del coeficiente sobre cuentas anuales consolidadas. En grupos puramente internos la eliminación de la doble imposición se resolvería a través de los correspondientes ajustes bilaterales realizados al amparo de la legislación interna, pero cuando las entidades en las que procedería el ajuste negativo residen en el extranjero la única forma de evitar la doble imposición la proporciona el artículo 9 del Modelo de Convenio.

1.6. Operaciones financieras asociadas a activos financieros.

La subcapitalización, tal y como la contempla el artículo 20 de la Ley 43/1995, se produce por causa de un endeudamiento neto, remunerado, contraído con entidades no residentes vinculadas, que desborda la relación 3/1 respecto de los fondos propios.

El artículo 20 no contempla ni toma en consideración para caracterizar la subcapitalización la naturaleza de los activos que son contrapartida de la financiación recibida o que han sido adquiridos con la misma. Lo normal es que la entidad prestataria los aplique a la realización de sus actividades, obteniendo el mayor rendimiento posible. Ésa es la conducta racional y la que se desarrolla en la mayoría de los casos de financiación vinculada.

En ocasiones la financiación recibida se aplica a la adquisición de una participación intragrupo (consulta 11 BOICAC 48), de manera tal que la entidad filial que recibe la financiación no obtiene más recursos para incrementar su actividad o mejorar su estructura financiera, amortizando unas

deudas tal vez más onerosas, sino que, de inmediato, compromete esos fondos en una participación intragrupo. Y esta operación financiera podría, incluso, no determinar una situación de subcapitalización, en la medida en que, aunque el endeudamiento fuera exorbitante, los fondos propios también se harían aumentar mediante aportaciones intragrupo.

Lo singular de estas operaciones ha levantado la inquietud del ICAC, quien ya entrevió, en contestación a consulta, que las mismas pudieran no ser lo que aparentaban, y, por tal razón, violentar subrepticamente las normas contables.

En este sentido, la consulta 11 BOICAC 48, precisa que «... si el fondo de las operaciones descritas pusiera de manifiesto que no se trata de verdaderas transmisiones de activos entre personas jurídicas diferentes, habrá que atender a la verdadera naturaleza económica de las operaciones para proceder a su tratamiento contable... si del citado análisis se concluyera que el objetivo perseguido y la realidad derivada de las operaciones realizadas no es la propia de una transmisión real de activos entre personas jurídicas diferentes y lo único que se quiere conseguir con aquéllas es el reflejo de resultados o revalorizaciones de activos u otros fines que no atienden en su fundamento económico a la forma jurídica empleada, dado que la contabilidad tiene el objetivo de alcanzar la imagen fiel habría que poner de manifiesto este hecho, de forma que no se produjera el registro del resultado a que se ha hecho referencia (plusvalía en la transmisión) ni el registro de los activos por valores contables superiores...».

Se inquieta el ICAC por la verdadera finalidad y significación de una transmisión intragrupo, y teme, no sin razón, que pretenda una revalorización encubierta o un reflejo de resultados irregular en los balances individuales, o bien otros fines (¿tal vez fiscales?) ajenos a los de una verdadera transmisión, y aflora un criterio para proteger, en lo posible, la normativa contable. La contestación del ICAC encierra un juicio adverso al incumplimiento de una norma jurídica, en este caso de naturaleza contable.

Afirma Díez-PICAZO que la consecuencia jurídica primaria de toda norma jurídica consiste en engendrar el deber jurídico de cumplimiento, cuya omisión implica la violación de la norma, sea a través de actos abiertamente contrarios a la norma (antijuridicidad, civil o penal) o mediante actos que, sin oponerse abiertamente a la norma, implican realmente el incumplimiento de sus previsiones (fraude de ley). En ambos casos los actos son ilícitos y el ordenamiento jurídico sanciona la ilicitud imponiendo el cumplimiento del deber jurídico.

La contestación del ICAC es un buen ejemplo de reacción contra el fraude de ley. El sujeto contable no ha revalorizado directamente el activo, sino que ha realizado una transmisión intragrupo (acto no opuesto abiertamente a la norma) para incumplir su mandato (principio del precio de adquisición).

Es curioso observar que el ICAC despliega un razonamiento jurídico dirigido a sancionar una conducta o acto ilícito sin fundamentarse en una norma antielusión o antiabuso. Pero esto no es irregular, pues toda norma jurídica entraña el deber jurídico de su cumplimiento y los incumplimientos,

tanto los abiertos como los solapados, deben ser sancionados haciendo prevalecer el mandato de la norma violada.

Las operaciones sobre las que versa la contestación del ICAC también podrían tener una finalidad puramente fiscal. El endeudamiento sobrecarga la cuenta de pérdidas y ganancias con intereses, y la participación intragrupo o bien no genera rentas o bien las que genera están exentas (art. 20 bis de la Ley 43/1995) e inclusive podría pretenderse la creación de un gasto por amortización del fondo de comercio financiero (art. 12.5 de la Ley 43/1995). ¿Podría verse en estas operaciones un posible incumplimiento del deber jurídico establecido por alguna norma fiscal al modo en cómo el ICAC contempla un posible incumplimiento del principio del precio de adquisición?

El artículo 10.3 de la Ley 43/1995 toma como núcleo de la base imponible el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio. En este sentido, las transacciones intragrupo que pretendan desfigurar el resultado contable, desviarlo, en suma, de la magnitud que hubiera tenido en ausencia de tales transacciones, podrían ser el instrumento para incumplir el deber jurídico de tributar por el Impuesto sobre Sociedades de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.3.

En sentido contrario, podría argumentarse que las transacciones entre personas jurídicas independientes, aunque pertenecientes al mismo grupo de sociedades, no son sino manifestaciones del ejercicio de la facultad de disposición que todo derecho subjetivo integra. Pero este argumento también admitiría réplica, porque cuando el ejercicio de un derecho subjetivo se efectúe con daño para tercero o para la sociedad estamos ante un acto ilícito, en la medida en que se contraviene el mandato del artículo 7 del Código Civil que ordena ejercitar los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, y priva de amparo al abuso del derecho o al ejercicio antisocial del mismo.

El incumplimiento del deber jurídico establecido por una determinada norma no puede coonestarse argumentando el legítimo ejercicio de los derechos subjetivos cuando tal ejercicio provoca los efectos a través de los cuales se produce, de manera indirecta, aquel incumplimiento, porque tal ejercicio encierra, en sí mismo, un acto ilícito, cuya sanción es, además de la correspondiente indemnización por el daño causado, «... la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso...» (art. 7.2 del Código Civil).

La violación indirecta del mandato de una norma, el incumplimiento del deber jurídico que la misma impone, implica un acto ilícito que se conforma en base a una voluntad ejecutada de manera sofisticada. El incumplimiento abierto es más perceptible. En la violación indirecta es necesario desvelar el incumplimiento, porque aquélla pretende arrojarse en el ejercicio de un derecho y demanda la protección del ordenamiento jurídico para los efectos desplegados, de manera tal que la sanción consistente en hacer prevalecer el mandato violentado es tachada, interesadamente, a su vez, de acto ilícito.

El campo tributario ha sido y es lugar privilegiado para tal confrontación, en parte jurídica, en parte ideológica. Nada tiene de extraño, por ello, que las leyes fiscales se hayan ido poblando

de normas que, sea con carácter general o para supuestos concretos, tienen por objeto restaurar el cumplimiento del deber jurídico establecido por la norma tributaria o incluso prevenir un incumplimiento.

Éste es el sentido de las denominadas normas antiabuso de carácter general de la Ley General Tributaria y de las numerosas normas que con tal finalidad anidan en el Impuesto sobre Sociedades, entre ellas la relativa a la subcapitalización, o en los convenios para evitar la doble imposición, entre ellas la relativa a la corrección de beneficios en relación con las operaciones realizadas entre empresas asociadas.

La convivencia de normas generales y específicas antiabuso da lugar a un problema de selección de la norma aplicable. En particular, la existencia de la norma específica da pie al argumento de legitimar las conductas que no caen estrictamente en el supuesto de hecho de las mismas siendo, sin embargo, similares a las que sí lo hacen, pretendiendo sustraerlas, por tal vía, del campo de aplicación de la norma general. A nuestro modo de ver este argumento no es sólido. La infracción de la norma jurídica, el incumplimiento del deber jurídico que la misma impone, debe motivar la correspondiente reacción del ordenamiento, restableciendo los efectos de la norma violada, por más que el acto ilícito no caiga bajo el supuesto de hecho de una norma específica antiabuso. Así, no sería correcto entender que la violación de un deber jurídico a través de un negocio jurídico concertado entre partes vinculadas, a valor de mercado o no, determinante de una situación de subcapitalización en el sentido del artículo 20 de la Ley 43/1995, sería inmune, por el hecho de no caer bajo el campo de aplicación de los artículos 16 y 20 de la Ley 43/1995, a las normas antiabuso de carácter general de la Ley General Tributaria.

Las normas antiabuso de la Ley General Tributaria tampoco están exentas de problemas.

El artículo 24 de la Ley General Tributaria de 1963 consagró el fraude de ley a modo de excepción a la prohibición de analogía, y así continuó tras la reforma establecida por la Ley 25/1995, dando pie a la interpretación de que el referido precepto no trataba tanto de evitar el incumplimiento de un deber jurídico establecido por la norma tributaria cuanto de gravar rentas, actos u operaciones no comprendidos en el ámbito del hecho imponible. Esta deficiente ubicación sistemática, sin duda disculpable en 1963, ya no lo era tanto en 1995, pues la reforma del Código Civil de 1974 estableció una clara separación sistemática entre las normas relativas a la aplicación de las normas jurídicas –Capítulo II del Título Preliminar; regulador de la interpretación y de la analogía–, y las concernientes a la eficacia general de las normas jurídicas –Capítulo III del Título Preliminar, regulador de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas, el fraude de ley y el abuso del derecho–.

La figura del fraude de ley no ha sido recogida por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y ello a pesar de que el Tribunal Constitucional ha venido declarando que «... el fraude de ley en cuanto institución que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico...» (STC 37/1987)

seguramente porque se ha pretendido sustituir por el denominado conflicto en la aplicación de la norma tributaria del artículo 15. Se advierte que el conflicto en la aplicación de la norma tributaria es heredero del fraude de ley porque la reacción del ordenamiento jurídico es aplicar «... la norma que hubiera correspondido... eliminando las ventajas fiscales obtenidas...», aunque también se observan algunas diferencias pues ha desaparecido el propósito de eludir el tributo y en su lugar aparece la artificiosidad de los actos y negocios jurídicos instrumentados para eludir el mandato de la norma tributaria. Tampoco el legislador de 2003 ha sabido mirar al Código Civil para ubicar sistemáticamente de manera correcta la nueva norma antiabuso o antielusión puesto que está comprendida en la Sección 3.^a del Capítulo II del Título Primero de la Ley 58/2003 dedicada a la «interpretación, calificación e integración».

La reforma establecida por la Ley 25/1995 suprimió toda referencia a la naturaleza económica del hecho imponible y a las calificaciones basadas en situaciones o relaciones económicas, pero introdujo un precepto relativo a la simulación (art. 25) y otro a la calificación (art. 28.2), y lo propio ha hecho la Ley 58/2003 (arts. 13 y 16), tal vez sin advertir que la simulación es un componente del aparato negocial que se despliega para perpetrar el fraude de ley, como así lo pone de relieve Díez-Piçazo, quien advierte que «... en el mecanismo del fraude a la ley siempre existe este juego: protección con la ley de cobertura de la elusión de la ley imperativa o prohibitiva. También se detectará para este objetivo una simulación negocial en la mayoría de las ocasiones...».

El incumplimiento de un deber jurídico impuesto por la norma tributaria a través de un conjunto negocial propio del fraude o ley, o incumplimiento solapado, no acarrea sanción administrativa, en tanto que el incumplimiento abierto sí. Pero cuando en el incumplimiento solapado concurre la simulación sí procede la sanción administrativa, supuesto que se presenten las notas caracterizadoras de la infracción tributaria.

La coexistencia de normas antiabuso o antielusión generales con las específicas, la carga histórica del extraño maridaje entre la prohibición de la analogía y el fraude a la ley tributaria, la deficiente ubicación sistemática de las normas antiabuso entre las consagradas a la interpretación, la separación de la simulación del fraude a ley cuando en buena parte de los casos dicha simulación forma parte del aparato negocial desplegado para buscar el amparo de una norma para eludir otra, ha procurado una situación confusa, cuya superación por la Ley 58/2003, pese a los esfuerzos del legislador, no puede darse por inequívocamente alcanzada.

A nuestro modo de ver, el norte de lo ilícito está en el incumplimiento del deber jurídico que toda norma tributaria impone. Esto es lo relevante para procurar, mediante la pertinente reacción basada en la norma antiabuso, que no se frustren los efectos de las normas tributarias. Ese norte no debe ser oscurecido por las apelaciones de las normas a los negocios «... notoriamente artificiosos o impropios...» (art. 15 de la Ley 58/2003, Ley General Tributaria), «... los motivos económicos válidos...» (art. 110.2 de la Ley 43/1995), a «... los actos o negocios en los que exista simulación...» (art. 16 de la Ley 58/2003), a la «... valoración convenida (que) hubiera determinado, considerado el conjunto de las personas o entidades vinculadas, una tributación en España inferior...» (art. 16 de la Ley 43/1995), o «... a las condiciones convenidas o impuestas que difieren de aquellas que serían

convenidas entre empresas independientes...» (art. 9 del Modelo de Convenio). Con toda probabilidad, según los casos, tales características, circunstancias, situaciones o relaciones, se presentarán, pero lo relevante no son ellas en sí mismas sino que han sido instrumento para violar el mandato de una norma tributaria.

Ahora podemos volver la vista de nuevo hacia las operaciones de las que nos dan cuenta las contestaciones del ICAC y reflexionar si las mismas deben ser contempladas desde la perspectiva de la norma antisubcapitalización o desde aquella otra de las normas antiabuso de carácter general.

1.7. Aplicación de las normas sobre empresas asociadas establecidas en los convenios para evitar la doble imposición.

Es claro que el nuevo apartado 4 del artículo 20 impide aplicar las normas relativas a la subcapitalización contenidas en tal precepto cuando la entidad vinculada prestamista reside en un Estado miembro de la Unión Europea. Ahora nos planteamos si es posible corregir los beneficios imponibles de una entidad residente en territorio español, por razón de la financiación recibida de una entidad vinculada residente en un Estado miembro de la Unión Europea, al amparo del precepto del correspondiente convenio para evitar la doble imposición relativo a las operaciones entre empresas asociadas (art. 9 del Modelo de Convenio de la OCDE).

El artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE, cuyo contenido se reproduce en la práctica totalidad de los convenios para evitar la doble imposición, faculta a los Estados contratantes para corregir los beneficios de las empresas vinculadas cuando las mismas «... están, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas...». A su vez, los comentarios al artículo 9 observan que el mismo permite calificar si aquello que es presentado como un préstamo puede ser considerado como tal o como una puesta a disposición de fondos y, en particular, «... como una participación en el capital social...». También observan los comentarios que el artículo 9 no impide la aplicación de las normas internas sobre subcapitalización, en la medida en que su efecto sea asimilar los beneficios de la entidad financiada a los que hubieran sido realizados en una situación de libre competencia.

Examinamos dos posibles interpretaciones: el artículo 9 únicamente tiene el efecto de permitir la aplicación de las normas internas sobre operaciones vinculadas y sobre subcapitalización que, en rigor, no son sino un caso particular de aquéllas, en cuanto sean conformes con el principio de libre competencia; el artículo 9 es de aplicación directa, de manera tal que a su amparo podría realizarse un ajuste por operación vinculada, y consiguientemente por subcapitalización, aun cuando no existiera legislación interna sobre la materia o fuera más limitada.

Tradicionalmente se ha venido entendiendo que los convenios limitan la aplicación de las normas internas relativas a las rentas afectadas por las mismas, y siendo su objeto evitar la doble imposición, tal limitación implica, en la generalidad de los casos, la abstención de gravamen o la reducción de gravamen previsto por la norma interna, sea en relación con las rentas obtenidas en el territorio

de un Estado por un residente del otro Estado (límites de imposición), o en relación con las rentas recibidas por un residente en un Estado generadas en el otro Estado (eliminación de la doble imposición). En este sentido, observa SERRANO ANTÓN que «... tanto el Comité de los Cuatro Economistas como el Comité de Expertos Fiscales (cuyo trabajo final fue presentado en 1925) llegaron a la misma conclusión y es que se debía llevar a cabo un reparto del poder tributario a efectos de la eliminación de la doble imposición entre el país de residencia y el de la fuente...» (*Fiscalidad Internacional*, CEF pág. 105). Los convenios son la plasmación jurídica del reparto de poder tributario.

Así como las normas constitutivas de límites de imposición (sobre intereses, dividendos, cánones...) es claro que limitan un tipo de gravamen previsto en la norma interna, las normas para evitar la doble imposición, tanto si sólo se refieren a la jurídica (Modelo de convenio) como también a la económica, no aparecen a modo de limitación en relación con normas internas, sino como creadoras de regímenes jurídicos sustantivos. Sin embargo, en el fondo su función también es limitar, si se quiere de manera compleja, la tributación derivada de la aplicación de una norma interna, de manera tal que la aplicación de la norma convenida requiere el concurso de la norma interna. En síntesis, los convenios, según el punto de vista tradicional, limitan los efectos de las normas internas en vistas a eliminar o aliviar la doble imposición internacional, y de ahí se deriva que, en ningún caso, deban tener por efecto incrementar la sujeción fiscal del contribuyente (*negative effect*).

Un exponente de la tesis tradicional la encontramos en la obra *Klaus Vogel on double taxation conventions*, en la que el autor alemán afirma que «... los tratados fiscales... reconocen que cada Estado contratante aplica su propio Derecho y luego limitan la aplicación por parte de los Estados contratantes de ese Derecho... [45 b), pág. 26]... un tratado fiscal ni genera una obligación fiscal que, de otra manera, no existe bajo la ley interna ni extiende el ámbito o modifica la naturaleza de una obligación existente... (46, pág. 27)...» y en referencia específica al artículo 9 afirma que «... de nuevo debería notarse que los tratados fiscales restringen, antes que generan, normas internas... el artículo 9, por sí mismo, no puede ser una base legal autónoma para ajustar al alza la renta... la única base legal para ajustar los beneficios entre empresas asociadas son, por eso, las normas internas... (15, pág. 521).

Matizando la tesis tradicional, advierte CALDERÓN CARRERO (*Los convenios para evitar la doble imposición*, págs. 46 y ss.), que las normas de los convenios que por su contenido y tenor sean lo suficientemente específicas y concretas para generar inequívocamente derechos y obligaciones «... no requieren del concurso de otras normas internas toda vez que son directamente aplicables por los Estados e invocables por los contribuyentes... Acontece, así, que en aplicación de estas disposiciones directamente ejecutables (*self executing*) del CDI la carga fiscal del contribuyente puede ser superior o distinta de la que se derivaría de la aplicación del Derecho fiscal interno. Ello sucede, por ejemplo, cuando tiene lugar un ajuste fiscal al alza sobre una sociedad residente de un país por aplicación de las reglas del CDI sobre empresas asociadas (art. 9 del Modelo de Convenio OCDE, ONU), en la medida en que estas normas sean más amplias que las recogidas eventualmente en la legislación fiscal interna de los Estados...».

El autor citado ha complementado su doctrina, afirmando que «... la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia internacional (que) considera que el artículo 9 del Modelo de Convenio de la OCDE

posee funcionalidad habilitadora y limitadora con respecto a la norma de precios de transferencia... No obstante, la aplicación de la normativa interna articuladora del principio de plena competencia quedaría condicionada o influenciada, positiva y negativamente, por lo previsto en el artículo 9 del CDI... desde un punto de vista positivo, el artículo 9 también podría conducir a la ampliación (y reducción) del ámbito subjetivo... la contribución a la configuración positiva y negativa del principio de plena competencia que, a nuestro juicio, resulta del artículo 9 de los CDI, que sigan el Modelo de Convenio de la OCDE se ve reforzada y ampliada si se conecta tal precepto con los comentarios elaborados por el Comité Fiscal OCDE para lograr una interpretación y aplicación uniforme del mismo por parte de los Estados...» («Análisis de la Normativa Española sobre Precios de Transferencia desde una Perspectiva Internacional, Comunitaria y Constitucional», págs. 67 y 68; obra en prensa).

La penetración de los criterios del Modelo de Convenio y de sus comentarios para interpretar y aplicar las normas puramente internas relacionadas con los convenios para evitar la doble imposición se ha manifestado en algunas resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central a cuyo tenor la determinación del valor de mercado en operaciones vinculadas debería llevarse a cabo aplicando los métodos previstos en las directrices de la OCDE de 1979 aun cuando tales métodos no estuvieran incorporados a una norma (TEAC 25 de enero de 1995; 26 de septiembre de 1997).

Esta penetración también se advierte en algunas sentencias del Tribunal Supremo (15 de julio de 2002), si bien en otras, como las relativas a la tributación de las rentas obtenidas a través de establecimientos permanentes brasileños, los comentarios son totalmente olvidados.

Observa CALDERÓN CARRERO que se está produciendo un cierto «... deslizamiento del soft-law elaborado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE a través de la doctrina administrativa y la jurisprudencia española... tal deslizamiento termina dotando a estos materiales... de unos efectos muy próximos a los del *hard-law*, lo cual no se corresponde con su naturaleza jurídica...» (obra citada), y en la misma línea, MARTÍN JIMÉNEZ observa que «... los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE no son más que uno de los elementos, entre otros, a tener en cuenta en la interpretación de los CDIs... ni la Administración, ni los Tribunales ni los contribuyentes pueden tomarlos como interpretación auténtica de sus CDIs...». («Los comentarios al MCOEDE: su incidencia en el sistema de fuentes del Derecho tributario y sobre los derechos de los contribuyentes»; *Carta Tributaria* 20/2003).

No creemos que exista una contraposición entre las opiniones referidas. Más bien acontece que ambas pueden ser entendidas armónicamente.

El artículo 9 del correspondiente convenio representa la voluntad de los Estados contratantes respecto de la tributación de las empresas asociadas. Y esta voluntad es que dicha tributación se fundamente en el principio de libre competencia. Ahora bien, el artículo 9 concede una facultad a los Estados contratantes para que éstos corrijan al alza los beneficios desfigurados por razón de operaciones pactadas entre las partes vinculadas en condiciones distintas a las que se hubieran producido entre partes independientes, pero no les obliga a hacer dicha corrección. Los Estados contratantes podrán corregir a alza los beneficios, pero no están obligados a efectuar tal corrección. Mas si la efectúan deben hacerlo respetando el principio de libre competencia. Si la legislación interna no es

respetuosa con dicho principio el artículo 9 del convenio impedirá que tal legislación sea total o parcialmente aplicada o, en cuanto razonablemente fuere compatible con el tenor literal de la norma interna, el artículo 9 propiciará que la norma interna sea interpretada y aplicada de acuerdo con el principio de libre concurrencia.

Parece lógico que la tributación de un contribuyente no se vea agravada por la suscripción de un convenio para evitar la doble imposición, y esto impediría una corrección al alza por operación vinculada al amparo del artículo 9 del correspondiente convenio pero también parece lógico que la aplicación de la normativa interna se realice de acuerdo con los principios del convenio. Es en este punto, donde, a nuestro modo de ver, enlazan armónicamente las opiniones esbozadas.

Se desprende de lo expuesto que estando el artículo 16 de la Ley 43/1995 fundamentado en el principio de libre concurrencia, y estando encarnado tal principio en el artículo 9 del correspondiente convenio, no parece dudoso que aquel precepto debería interpretarse y aplicarse no sólo respetando los límites impuestos por la norma convenida (efecto negativo), sino también a tenor de los criterios ínsitos en su redacción y tomando en consideración los comentarios del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. En este sentido, el artículo 9 del convenio de que se trate no sólo ejerce una función limitadora de la aplicación de la norma interna (efecto negativo) sino también una función de orientar la aplicación de la misma (efecto positivo).

No creemos, ni tampoco los autores citados así lo han propuesto, que los efectos positivos del artículo 9 del correspondiente convenio en relación con la aplicación de la norma interna puedan determinar la realización de un ajuste al alza para corregir el beneficio a causa de una situación de subcapitalización.

En primer lugar, cuando la norma interna de subcapitalización no fuera aplicable (países de la Unión Europea), difícilmente podría la misma entenderse aplicable a tenor de los criterios interpretativos válidos en relación con la norma del convenio concerniente a las empresas asociadas. La norma interna es inaplicable de pleno.

En segundo lugar, se chocaría frontalmente con la interpretación, que anteriormente hemos denominado tradicional, a cuyo tenor el convenio no genera obligaciones fiscales. Ahora bien, si la norma interna impide la aplicación de la norma antisubcapitalización interna, la corrección de los beneficios por causa de subcapitalización por la vía del artículo 9 del convenio correspondiente generaría una obligación fiscal.

Es posible que la tesis tradicional, firmemente sostenida por VOGEL, tal vez deba ser sopesada a la luz de los marcos constitucionales concernidos. Así, el artículo 59 de la Constitución alemana establece que «... los tratados que regulan las relaciones políticas de la Federación o versen sobre materias de competencia legislativa de la Federación, necesitarán la aprobación o la participación, mediante Ley Federal, de los órganos respectivamente competentes para la función legislativa federal...». Nuestra Constitución sigue un modelo diferente pues los tratados internacionales, válidamente celebrados, pasan a formar parte del ordenamiento interno una vez publicados oficialmente en España

[art. 9 b).1 de la Constitución). Aunque esta diferencia tal vez encierre algún matiz no parece que sea suficiente para entender que la tesis tradicional no es estimable en nuestro ordenamiento.

En tercer lugar, parece claro que subyace al nuevo apartado 4 del artículo 20 de la Ley 43/1995, la voluntad del legislador de adaptar nuestra norma antisubcapitalización al Derecho comunitario. Si nos atenemos a la sentencia Lankhorst, la violación del derecho de establecimiento se produce cuando la corrección por subcapitalización sólo se aplica en las operaciones financieras transfronterizas. Ahora bien, la corrección del artículo 9 del Modelo de Convenio sólo se aplicaría a las operaciones financieras transfronterizas, lo que determinaría la persistencia del conflicto con el Derecho comunitario, contrariando así la voluntad del legislador.

La fuerza de este argumento no es absoluta, pues debe considerarse que, bajo el supuesto de que fuera correcto aplicar directamente la norma convenida, los convenios no pueden ser derogados ni modificados por normas internas (art. 96 de la Constitución), pero ha de concederse, cuando menos, que el objetivo y justificación que ha motivado la incorporación del nuevo apartado 4 del artículo 20 de la Ley 43/1995, se aviene mal con la posibilidad de realizar ajustes por subcapitalización en el ámbito internacional europeo cuando no son posibles en el puramente interno.

En cuarto lugar, la aplicación directa del artículo relativo a empresas asociadas del convenio correspondiente en materia de subcapitalización, aunque fuera jurídicamente posible, dista mucho de estar regulada. ¿Cómo determinar si un préstamo vinculado responde, más bien, a una disposición de fondos? Para efectuar tal enjuiciamiento se necesitan normas que garanticen la seguridad del contribuyente y guíen la actividad administrativa de comprobación. La teoría puede ser clara, buscar un comparable lo que, en términos de subcapitalización, podría llevar a la teoría del «banquero independiente», es decir, a determinar si la financiación vinculada hubiera podido ser concedida por una entidad de crédito tomando en consideración exclusivamente las condiciones y circunstancias de la entidad prestataria. Pero la práctica podría ser extremadamente compleja, y muy probablemente ni la igualdad de trato ni la seguridad jurídica podrían ser garantizadas.

Los argumentos contrarios a la realización de ajustes por subcapitalización fundamentados en el artículo del correspondiente convenio relativo a las operaciones entre empresas asociadas no son absolutamente concluyentes, pero, en su conjunto, y considerando el motivo que subyace en el nuevo apartado 4 del artículo 20 de la Ley 43/1995, definen un criterio razonablemente consistente. Cuestión diferente es que determinados préstamos vinculados lleguen a producir situaciones tan agudas de subcapitalización que las operaciones financieras en cuestión pueden ser enjuiciadas a través del conflicto en la aplicación de la ley tributaria, del artículo 15 de la Ley General Tributaria.

2. EL REPLIEGUE DE LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

El artículo 1.Diez y el artículo 2.Quince, ambos de la Ley 62/2003 han establecido, en relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el Impuesto sobre Sociedades, res-

pectivamente, la no aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional «... cuando la entidad no residente en territorio español sea residente en otro Estado miembro de la Unión Europea, salvo que resida en un territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal».

Repliegue espectacular de la norma sobre transparencia fiscal internacional, cuya eficacia práctica es tan menguada como elevadas sus aspiraciones de justicia tributaria.

2.1. Efectos jurídicos del nuevo mandato.

El nuevo mandato excluye del régimen de transparencia fiscal internacional, las inversiones financieras sobre entidades residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea. Por tanto, aun cuando se cumplan todos los requisitos determinantes de la inclusión, a saber, régimen privilegiado de la entidad no residente, control sobre la misma por parte de las personas físicas o entidades residentes en territorio español, y naturaleza de la renta obtenida, no se producirá el efecto principal de la transparencia fiscal internacional, esto es, la inclusión en la imposición sobre la renta de sus socios de la renta positiva obtenida por la entidad no residente.

El repliegue es absoluto e incondicionado, incluso frente a Estados miembros de la Unión Europea que apliquen sus normas sobre transparencia fiscal internacional en relación con entidades residentes en territorio español.

Las entidades residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea sí podrán ser tomadas en consideración a efectos de la configuración del grupo de control, pues la inaplicación del régimen de transparencia fiscal solamente se predica en relación con «la entidad no residente», es decir, la que obtiene la renta que, en otro caso, sería susceptible de inclusión. Por la misma razón, también serán tomadas en consideración, entre otros aspectos, para configurar el perímetro del grupo mercantil a los efectos de determinar el umbral de no inclusión.

La inaplicación lo es en relación con toda clase de rentas, es decir, frente a las denominadas rentas pasivas, básicamente rentas y ganancias del capital mobiliario, y también frente a las rentas que tienen por objeto drenar las bases imponibles de entidades residentes en territorio español, es decir, las que generan gastos fiscalmente deducibles en entidades residentes en territorio español [art. 121.2 c) de la Ley 43/1995]. En este caso se encuentran las entidades no residentes pertenecientes a grupos multinacionales españoles que realizan funciones de centralización de tesorería, o también las denominadas compañías cautivas de seguros.

La inaplicación de la transparencia fiscal internacional frente a los Estados miembros de la Unión Europea no abre de par en par las puertas a las «sociedades de pantalla» o meramente instrumentales, es decir, a las sociedades que carecen de la organización mínima indispensable para que su residencia fiscal sea el lugar de su domicilio social, pues tales sociedades podrían ser residentes en territorio español de acuerdo con las normas del convenio para evitar la doble imposición que sea

aplicable. Pero de ahí no se deduce que todas las sociedades creadas por motivos fiscales serán residentes en territorio español aunque estén constituidas y domiciliadas en algún Estado miembro de la Unión Europea, pues es concebible que tales sociedades dispongan de la organización de medios humanos y materiales suficientes como para dar contenido al concepto jurídico indeterminado de «sede de dirección efectiva», el cual, como es sabido, es el criterio fundamental para dirimir los conflictos de doble residencia de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.3 del Modelo de Convenio de la OCDE.

2.2. Aplicación en el tiempo.

El repliegue del régimen de transparencia fiscal internacional tiene efectos respecto de los períodos impositivos que se inicien a partir de 1 de enero de 2004. Por tanto, en tales períodos impositivos no procederá la inclusión de la renta positiva obtenida por la entidad no residente, cualquiera que sea el ejercicio al que corresponda y, por supuesto, la fecha de constitución de la entidad no residente o aquella en la que se realizó la inversión.

No existe un régimen transitorio, y, sin embargo, éste es necesario en relación con los dividendos asociados a las rentas positivas incluidas y al denominado valor de titularidad en cuanto elemento para determinar la renta gravable derivada de la transmisión de la participación. Así, de la misma manera que la supresión del régimen de transparencia fiscal interno motivó un régimen transitorio (Ley 46/2002), también el recorte del régimen de transparencia fiscal internacional requería un régimen transitorio.

Nótese que los nuevos apartados de los artículos 75 de la Ley 40/1998 y 121 de la Ley 43/1995 no se limitan a impedir futuras inclusiones de renta positiva en la base imponible de los socios o partícipes en el régimen de transparencia fiscal internacionalmente sino que exceptúan, de manera absoluta, la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional, de manera tal que las normas del mismo destinadas a evitar la doble imposición tampoco serían aplicables.

Pero es bastante dudoso que la intención del legislador coincida con aquello que se desprende de la letra de la norma. El legislador no ha podido querer que la renta positiva ya incluida vuelva a tributar otra vez bajo la forma de dividendo o renta obtenida en la transmisión de la participación.

Tal vez una interpretación que recondujera el repliegue de la transparencia fiscal internacional a la no inclusión de rentas positivas generadas por entidades residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea respecto de los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2004 fuera suficiente para superar las dificultades de la ausencia de régimen transitorio.

Tampoco está previsto un régimen de disolución y liquidación de las entidades residentes en algún Estado miembro de la Unión Europea, anteriormente afectas a la transparencia fiscal internacional. Pero esto es lógico, pues no se prevé un régimen fiscal alternativo que es, justamente, lo que justifica el ofrecimiento de un régimen especial para la disolución y liquidación.

2.3. Relación con el régimen de las instituciones de inversión colectiva.

La inversión colectiva disfruta de un régimen fiscal privilegiado, por dos motivos:

- La institución, ya sea una sociedad o un fondo de inversión, tributa al 1 por 100, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26.5 de la Ley 43/1995, según redacción de la disposición final segunda de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.
- Los socios o partícipes, personas físicas, no tributan respecto de las rentas generadas por el patrimonio afecto a la institución de inversión colectiva, sea una sociedad o un fondo de inversión, mientras no obtengan el reembolso de su participación o la transmitan, de acuerdo con lo previsto en el artículo 72 de la Ley 40/1998. Este mismo régimen se aplica respecto de los socios o partícipes de instituciones de inversión colectiva, regulada por la Directiva 85/611/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, no constituidas en Gibraltar en cuanto único territorio de la Unión Europea que tiene la condición de paraíso fiscal, inscritas en el Registro Especial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores a efectos de su comercialización por entidades residentes en España.

Así, las rentas del capital generadas por los patrimonios afectos a las instituciones de inversión colectiva tributan al 1 por 100, a pesar de ser inmediatamente disponibles por los socios o partícipes, y, por tanto, ser demostrativas de capacidad económica de acuerdo con lo previsto en el artículo 15 de la Ley 40/1998.

La Ley 35/2003 ha venido a sembrar la inquietud en tan agradable panorama fiscal –prácticamente estable desde el inicio de la década de los noventa–, pues la nueva redacción del artículo 26.5 de la Ley 43/1995 condiciona la aplicación del tipo de gravamen especial del 1 por 100 a que «... el número de accionistas requerido sea como mínimo el previsto en el apartado 4 del artículo 9 (de la Ley 35/2003)...» (sociedades de inversión de capital variable) y, también como mínimo, al «... previsto en el apartado 4 del artículo 5 de dicha Ley (de la Ley 35/2003)...» (fondos de inversión de carácter financiero).

Tanto el artículo 5.4 como el 9.4, ambos de la Ley 35/2003, establecen, que el número de partícipes (fondos de inversión) o de accionistas (sociedades de inversión), no podrá ser inferior a 100, pero ambos preceptos establecen sendas habilitaciones reglamentarias con el objeto de establecer «... un umbral distinto, atendiendo a los distintos tipos de activos... a la naturaleza de los partícipes (o accionistas) o a la liquidez del fondo (o la sociedad)... (y) requisitos adicionales de distribución del patrimonio...».

Si de esta habilitación reglamentaria resulta una norma que establezca un elevado grado de difusión o distribución del capital social, es muy probable que un cierto número de instituciones de inversión colectiva, actualmente bajo el control de un reducido número de personas, no cumplan tal requisito, y, consiguientemente, quedarían privadas de la condición de instituciones de inversión colectiva, pasando a tributar por el régimen general del Impuesto sobre Sociedades, o en concepto

de sociedades patrimoniales, en ciertos casos. Pero también pudiera resultar una norma que rebajase la exigencia de 100 socios como mínimo, plegándose a la realidad de la existencia de sociedades de inversión mobiliaria de capital variable controladas por uno o varios socios.

El dilema ha saltado a las páginas de la prensa especializada, la cual desvela el conflicto entre quienes entienden que el régimen fiscal privilegiado de la inversión colectiva exige preservar la condición o característica de que la institución sea el instrumento abierto a la colectividad de inversores, y aquellos que, militando bajo las banderas de la protección del ahorro a largo plazo creen más prudente adaptar la norma a la realidad por más que ésta no sintonice bien con la nota de colectividad. Bien mirado la polémica es sorprendente, porque no existe ningún argumento racional que justifique menor capacidad económica en la inversión colectiva que en la individual, como tampoco existe argumento para, en el marco de una imposición en la que el índice demostrativo de capacidad económica sea la renta, permitir que la obtenida del capital colocado a través de las instituciones de inversión colectiva, sean efectivas o aparentes, tribute al 1 por 100, mientras que los dividendos o las rentas del trabajo personal lo hacen a tarifa progresiva. Gravar las rentas del capital –todas las rentas del capital–, una vez depuradas del efecto de la inflación en paridad de condiciones con las rentas del trabajo personal es un objetivo irrenunciable de la política fiscal mientras perdure el principio constitucional de capacidad económica, y ésta se mida, fundamentalmente, en función del índice de la renta disponible.

Volvamos a la habilitación reglamentaria.

Si se concreta en una norma exigente en cuanto al grado de difusión o distribución del capital social se ha expresado el temor de que pueda dar lugar a desplazamientos de los capitales hacia colocaciones en instituciones de inversión colectiva extranjeras o sociedades que realicen sus veces. Pues bien, si estas instituciones de inversión colectiva están constituidas en algún Estado miembro de la Unión Europea, amparadas por la Directiva 85/611, y registradas en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el régimen fiscal de sus socios o partícipes será el mismo que el de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en España al amparo de la Ley 35/2003. Entonces, la pregunta obvia es si la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá negar el acceso a sus registros a aquellas instituciones de inversión colectiva constituidas en un Estado miembro de la Unión Europea, amparadas por la Directiva 85/611, pero que no reúnan el requisito de distribución del capital social.

Muy probablemente la respuesta habrá de darse considerando, en primer lugar, que a tales instituciones de inversión colectiva únicamente les son aplicables «... en su actuación en España las normas de conducta y régimen disciplinario establecidos en el Título VI de esta ley...» (art. 2.1 de la Ley 35/2003), y en segundo lugar, que también deberán «... respetar las disposiciones normativas vigentes en España que no entren en el ámbito de la Directiva 85/611/CEE así como las normas que regulan la publicidad en España...» [art. 15.1 a) de la Ley 35/2003]. Excede de nuestros conocimientos concretar una respuesta.

Bajo la hipótesis de que la interpretación correcta fuere que el número de socios o partícipes y el grado de distribución del capital son materias que no caen bajo el ámbito de la Directiva

85/611/CEE, la Comisión Nacional del Mercado de Valores tal vez no daría acceso a su registro a las instituciones de inversión colectiva constituidas en un Estado miembro de la Unión Europea que no cumplieren con los referidos requisitos. En consecuencia, los socios o partícipes residentes en territorio español no podrían disfrutar del régimen previsto en el artículo 77 de la Ley 40/1998.

Antes de la entrada en vigor de la Ley 62/2003, dichos socios o partícipes hubieran podido tributar en régimen de transparencia fiscal internacional, pero en lo sucesivo los artículos 75.13 de la Ley 40/1998 y 121.15 de la Ley 43/1995, lo impedirán.

2.4. La incompatibilidad de la transparencia fiscal internacional con el Derecho comunitario.

Desde que los casos ICI y XAB, YAB, pusieron de relieve que la restricción a la libertad de establecimiento también se produce cuando una norma de un Estado miembro pone obstáculos a sus residentes para establecerse en otro Estado miembro, la doctrina ha venido contemplando con muchas reservas la compatibilidad de la transparencia fiscal internacional con el Derecho comunitario.

La libertad de establecimiento se regula en el Capítulo II del Título III del Tratado Constitutivo. El contenido de la libertad de establecimiento comprende «... el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades... en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales...». La libertad de establecimiento se ejercita, entre otros medios, a través de «... la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro...», equiparándose a tales nacionales «... las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad...».

La cuestión, entonces, reside en dilucidar si la transparencia fiscal internacional perturba el ejercicio del derecho de libertad de establecimiento.

El efecto de la transparencia fiscal internacional es elevar la carga tributaria, o al menos anticiparla, de los socios de la sociedad a través de la cual se ha ejercitado el derecho de establecimiento. Este efecto podría desalentar el ejercicio del derecho de establecimiento, y, en tal sentido, la transparencia fiscal internacional conculcaría el derecho de establecimiento.

Frente a esta conclusión contraria a la compatibilidad de la transparencia fiscal internacional con el Derecho comunitario, también se pueden sugerir otros argumentos de signo inverso.

En primer lugar, el propio contenido del derecho de establecimiento. Si este derecho se traduce en un asentamiento físico para ejercer una actividad económica en un Estado miembro con carácter duradero y estable, como se entendió en *Daily Mail*, no se deberían condenar de un plumazo todas las normas sobre transparencia fiscal internacional, sino que sería preciso indagar qué tipo

de renta está afectada por tales normas, de manera tal que si la renta no procediera de la realización de una actividad económica el conflicto no llegaría a producirse. Ha de observarse, sin embargo, que dicho análisis no ha de realizarse en base a las calificaciones y categorías nacionales sino a las comunitarias.

En segundo lugar, algunos autores entienden que la transparencia fiscal internacional podría justificarse en cuanto corolario del principio de tributación según la renta mundial, que informa la mayoría de los sistemas tributarios de los Estados miembros. Bajo este criterio tampoco sería correcta una descalificación de todas las normas sobre transparencia fiscal internacional, sino que habría de examinarse la forma en como se determina el grupo de control, esto es, de forma dispersa o bien concentrada de manera tal que exista en el mismo la capacidad o no de conformar la voluntad para adoptar la distribución del dividendo.

En tercer lugar, debe examinarse si la transparencia fiscal internacional, tal y como está concebida y regulada en cada Estado miembro, responde a la finalidad de evitar abusos o a otras finalidades, pues la finalidad antielusión podría justificar las normas sobre transparencia fiscal internacional, si bien es preciso que estuvieran construidas en relación con supuestos de hecho claramente abusivos, de manera tal que no bastaría una relación genérica o distante con tal finalidad.

Considerando el tipo de las rentas afectadas por nuestras normas sobre transparencia fiscal internacional, la forma en como se determina el control y la condición de que la entidad no residente tribute en régimen privilegiado, es muy posible que tales características fueran decisivas para, llegado el caso, afrontar el juicio ante el Tribunal de Justicia.

Hoy en día, debido al refugio que ofrecen las instituciones de inversión colectiva a los poseedores de elevados patrimonios mobiliarios, la transparencia fiscal es un mero símbolo de la justicia tributaria desprovista de eficacia práctica. Por ello, la rehabilitación de la tributación sobre la renta extensiva (índice más idóneo de la capacidad económica) sólo es técnicamente concebible en el marco de una reforma que afecte, al tiempo, al régimen de los partícipes de las instituciones de inversión colectiva y a la transparencia fiscal internacional.

Apenas ha transcurrido un año desde la implantación del régimen de las sociedades patrimoniales, reguladas en el Capítulo VI del Título VIII de la Ley 43/1995, en cuya virtud se pretende gravar al 40 por 100 los rendimientos regulares del capital mobiliario. Pues bien, si la sociedad se constituye y es residente fiscal en Irlanda, aunque los socios residan en territorio español, la tributación será del 12,5 por 100. Mientras la OCDE recomienda el reforzamiento de las normas sobre transparencia fiscal internacional (*Harmful Tax Competition*), y la Comisión renuncia a proponer una directiva armonizadora de los tipos de gravamen sobre los beneficios, en nuestro sistema tributario la transparencia fiscal internacional retrocede. Seguramente el retroceso tiene relación con una cierta percepción de la línea que en sus sentencias viene trazando el Tribunal de Justicia. Pero, en tal caso, la preocupación que respecto del valor de la justicia fiscal en Europa se viene expresando por algún sector de la doctrina (*¿Asedio a la Justicia Fiscal en Europa?*; GARCÍA-HERRERA BLANCO y HERRERA MOLINA) no es gratuita.

3. EL PRÉSTAMO DE VALORES

La disposición adicional decimoctava de la Ley 62/2003, establece el régimen de determinados préstamos de valores. Se trata de una regulación específica y concretada en unas normas que no se integran en las leyes de los impuestos sobre la renta, esto es, la Ley 43/1995 y la Ley 40/1998. Se trata de una regulación parcial, porque no abarca a todos los préstamos de valores, lo que arroja una sombra de duda sobre la fiscalidad de los no regulados, aunque lo más posible es que los operadores se limiten a practicar los regulados.

3.1. Descripción del préstamo de valores.

El artículo 312 del Código de Comercio prevé que: «... En los préstamos de títulos o valores, pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, o sus equivalentes, si aquéllos se hubiesen extinguido, salvo pacto en contrario...». Se sigue de este precepto que el prestatario adquiere la propiedad de los títulos recibidos y, por lo tanto, puede a su vez transmitirlos sin que el prestamista pueda reivindicarlos (GARRIGUES). Los dividendos o intereses de los valores prestados y el importe de las amortizaciones son percibidos por el prestatario, pero, naturalmente, debe reembolsarlos al prestamista.

Mas como el prestamista, una vez finalizado el contrato, se hallará en poder y posesión de los títulos prestados, o de otros de la misma especie y calidad, parece claro que no ha transferido los riesgos inherentes a los valores prestados, de manera tal que las normas contables no le permiten registrar resultado alguno como consecuencia de su entrega en ejecución del préstamo.

En este sentido, la norma decimosexta de la Circular 4/1991, del Banco de España, establece que: «el... prestamista de valores dará de baja de su cartera los valores cedidos, con adeudo a una cuenta que se incluirá entre las deudoras del sector al que se haya efectuado la cesión, y se valorará y saneará, en su caso, siguiendo los criterios que se aplican a la cartera de inversión de la que forman parte... No obstante, si el préstamo fuese por un plazo de tres meses o inferior, y los valores prestados estuviesen clasificados en la cartera de negociación, la cuenta deudora se valorará siguiendo los criterios aplicables a ésta...».

La cuenta deudora que sustituye a los valores prestados se valora y sanea de acuerdo con las normas relativas a la cartera de inversión o de negociación, según los casos, de manera tal que la situación patrimonial y de resultados no se modifica por causa del préstamo.

Determinándose la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en función del resultado contable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10.3 de la Ley 43/1995, una regulación específica del préstamo de valores, en relación con la base imponible, sólo era necesaria si el legislador hubiera deseado incorporar, a tal efecto, una norma correctora del resultado contable. Ya veremos

que no ha sido así, sino que la nueva norma se limita a respaldar el criterio procedente de la norma contable. Se trata, por tanto, de una regulación superflua, en lo concerniente a la formación de la base imponible.

Por el contrario, cuando el prestamista es una persona física sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la transmisión derivada del préstamo determina una alteración en la composición del patrimonio, que hubiera podido entenderse que ponía de manifiesto una ganancia o una pérdida patrimonial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 de la Ley 40/1998, de manera tal que, en este caso, sí era necesaria una norma específica, supuesto que el objetivo del legislador fuere excluir la incorporación de renta en la base imponible del prestamista.

3.2. Préstamos afectados por la regulación.

El régimen fiscal sólo se aplica a dos tipos de préstamos, a saber, los regulados en el artículo 36.7 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y los que tengan por objeto valores de los mencionados en el artículo 30 de la Ley 35/2003, de instituciones de inversión colectiva y negociados en mercados de Estados miembros de la OCDE, siempre que cumplan un conjunto de requisitos.

En los préstamos sobre valores negociados en mercados de valores de la OCDE ha de pactarse la entrega al prestamista de los importes que se deriven de los valores prestados, en tanto que en los préstamos del artículo 36.7 de la Ley 24/1988, puede pactarse lo contrario.

Los préstamos de valores negociados en mercados de la OCDE deben instrumentarse con la participación o mediación de una entidad financiera establecida en España y los pagos al prestamista deben realizarse a través de la misma.

Supuesto que el régimen fiscal del préstamo de valores incorporase alguna ventaja fiscal, como así es según más adelante se verá, la supeditación del mismo a la intervención de una entidad financiera establecida en España podría ser contraria a la libertad de establecimiento del Tratado constitutivo.

3.3. Tributación del prestamista.

El prestamista entrega los valores y los recibe en el tiempo pactado. Además, percibe el precio convenido. También percibe, en su caso, las compensaciones correspondientes a los importes dinerarios derivados de los valores prestados. La tributación del prestamista está regulada en la letra a) del apartado 2 de la disposición adicional decimoctava de la Ley 62/2003.

3.3.1. Prestamista sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades.

3.3.1.1. Transmisión de los valores y su recuperación.

Por estas operaciones se establece que no se generarán rentas, lo cual, como ya sabemos no añade nada nuevo respecto de lo previsto en las normas contables. La norma fiscal se limita, tal vez de manera superflua, a respaldar a la norma contable.

3.3.1.2. Precio del préstamo.

Es un ingreso para el prestamista, al que la norma califica de «... rendimiento obtenido por la cesión a terceros de capitales propios...», de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.2 de la Ley 40/1998.

Siendo el Impuesto sobre Sociedades un impuesto sintético, tal calificación, por otra parte correcta, carece de relevancia.

En cuanto a la imputación temporal de este ingreso, ha de realizarse de acuerdo con el devengo contable, esto es, en el caso presente, según un criterio financiero.

3.3.1.3. Compensaciones.

Los valores prestados pueden rendir un fruto (interés, dividendo) durante el tiempo de vigencia del contrato, o también rendir devoluciones de capital bajo diversas formas. En todos estos supuestos el prestatario, como regla general que puede exceptuarse mediante pacto en contrario únicamente en relación con los préstamos del artículo 36.7 de la Ley 24/1988, debe compensar al prestamista. El prestatario, en cuanto propietario de los valores, percibe los derechos económicos derivados de los mismos, o, por mejor decir, su importe, pero debe reembolsar al prestamista. Cuando el reembolso es de un fruto (dividendos, intereses), el prestamista obtiene un ingreso, que la norma califica como rendimiento obtenido por la cesión a terceros de capitales propios del artículo 23.2 de la Ley 40/1998, pero cuando el reembolso es de un capital, como sucede en los casos de distribución de la prima de emisión, reducción de capital con devolución de aportaciones, o derechos de suscripción preferente o de asignación gratuita, se aplica una regla de transparencia, en cuya virtud tales importes «... tendrán para el prestamista el tratamiento que corresponda conforme a su imposición personal, y se imputarán en el mismo momento en que tenga lugar la distribución de la prima, la devolución de la aportación o el reconocimiento del derecho de suscripción o de asignación gratuita por la entidad emisora de los valores...».

Así pues, las compensaciones por frutos, serán ingreso para el prestamista, pero las compensaciones por capital serán tratadas como recuperación de capital. Tampoco hay nada nuevo respecto de la regulación contable, pero el hecho de que la compensación por dividendo se califique como

rendimiento derivado de la cesión a terceros de capitales propios, tiene el efecto de excluir al prestamista de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos, situándola en el perceptor material de los dividendos que podrá ser o no el prestatario pues éste habrá podido transmitir los títulos recibidos.

Y también tiene efectos respecto de las exenciones del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, mucho más amplias en materia de intereses que de dividendos.

3.3.1.4. Depreciación de los valores prestados.

La norma contable impone al prestamista la obligación de efectuar las correcciones valorativas correspondientes a los valores prestados, aun cuando los mismos no se hallen en su balance. Pero es correcto este tratamiento contable porque el prestamista, a la finalización del contrato, recuperará los valores prestados, de manera tal que será él quien deba soportar la depreciación.

Las dotaciones a esta provisión serán fiscalmente deducibles, si bien dentro de los límites y con los requisitos y «... condiciones fijadas por la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, para las deducciones de la provisión por depreciación de dicho valor (los prestados)...». Por tanto, se aplicarán las normas del artículo 12 de la Ley 43/1995, a los efectos de calificar como fiscalmente deducible la dotación contable.

Tampoco la norma parcialmente transcrita contiene una novedad, porque las dotaciones correctoras de valor son fiscalmente deducibles, en cuanto gasto contable, dentro de los límites que, como es el caso, establecen las normas de la Ley 43/1995.

Se deduce de todo lo expuesto que la legislación fiscal sobre el préstamo de valores, en lo atinente a la formación de la base imponible, se ha limitado a confirmar las normas contables.

3.3.1.5. Dedución para evitar la doble imposición de dividendos.

Puesto que las compensaciones por los dividendos se califican como rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios, el prestamista no tiene derecho a aplicar la deducción para evitar la doble imposición de dividendos. Esta deducción la aplicará el perceptor del dividendo que podrá ser el prestatario, pero también la persona o entidad a quien el mismo hubiese transmitido los valores prestados. En suma, la deducción para evitar la doble imposición de dividendos la aplicará el perceptor del dividendo. Por eso, cuando la norma establece que «... el prestatario tendrá derecho a la aplicación de las exenciones o deducciones establecidas en su imposición personal...», deberá matizarse que, obviamente, tal derecho sólo nacerá si percibe el dividendo.

La deducción para evitar la doble imposición de dividendos la practicará el prestatario en cuanto perceptor del dividendo en su condición de titular dominical de los valores recibidos en préstamo.

Tampoco esta norma encierra una novedad. La deducción para evitar la doble imposición de dividendos sigue a la renta percibida en tal concepto, y se practicará tomando en consideración las restricciones previstas en el artículo 28.4 de la Ley 43/1995, tratándose de prestatarios personas jurídicas, o, tratándose de prestatarios personas físicas, de acuerdo con lo previsto en los artículos 23.1 y 6 de la Ley 40/1998. Sin embargo, como veremos más adelante, tal vez hubiera sido más lógico conceder la deducción al prestamista, cuando éste percibe la compensación por dividendos.

El contrato de préstamo finaliza con la entrega por parte del prestatario al prestamista de tantos valores de la misma especie y calidad como los que fueron prestados. Esta entrega constituye una transmisión, en cuya virtud el prestamista adquiere la propiedad sobre dichos valores. El préstamo de valores determina dos transmisiones, en las que las partes intervinientes, prestamista y prestatario, ocupan posiciones opuestas en cada una de ellas. Pero habiendo transmisión, el transmitente ve truncado su tiempo de tenencia y disminuido su porcentaje de participación. Pues bien, ahora sí, el legislador establece una norma con verdadero contenido innovador, porque, en relación con el prestamista, se entiende que «... el porcentaje de participación y el tiempo de tenencia de la cartera no se ven alterados por las operaciones de préstamo de valores...». La norma implica una ficción. La transmisión de los valores que el prestamista realiza a favor del prestatario ha podido suponer una merma del porcentaje de participación tal que lo sitúe por debajo del 5 por 100 (porcentaje que habilita la deducción del 100%). La nueva norma resta eficacia, a estos efectos, a la transmisión. La transmisión también supone una ruptura en el plazo de tenencia del año previsto en el artículo 28.2 de la Ley 43/1995. Y la nueva norma establece que tal ruptura no se tomará en consideración.

De esta manera, el préstamo de valores no perjudica la posición del prestamista en relación con la deducción para evitar la doble imposición de dividendos.

3.3.2. Prestamista sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

3.3.2.1. Entrega de los valores y su recuperación.

La transmisión de los valores como consecuencia del préstamo y su posterior recuperación a través de otra transmisión genera el hecho imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Así, el artículo 19 establece que «... las rentas derivadas de la transmisión de la titularidad de los elementos patrimoniales, aun cuando exista un pacto de reserva de dominio, tributarán como ganancias y pérdidas patrimoniales...», y el artículo 31 define las ganancias y pérdidas patrimoniales como «... las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél...», lo que así podría entenderse que sucede en el préstamo de valores debido al efecto traslativo del dominio que la entrega de los valores produce.

Pues bien, para evitar la correspondiente tributación la nueva norma establece que «... no existe alteración en la composición del patrimonio en la entrega de valores en préstamo ni en la devo-

lución de otros tantos valores homogéneos al vencimiento del préstamo...». Se trata, por tanto, de un nuevo supuesto, muy próximo a una norma de no sujeción, que se viene a añadir a los previstos en el artículo 31.2 de la Ley 40/1998.

No estamos, realmente, ante un beneficio fiscal, pues la transmisión de los valores no determina renta para el prestamista, por más que la Ley 40/1998, derive la obtención de una ganancia o de una pérdida patrimonial de la alteración en la composición de patrimonio. Pero sin la nueva norma tal vez hubiera sido procedente calcular una ganancia o una pérdida patrimonial por diferencia entre el valor de cotización de los valores prestados y su valor de adquisición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.1 a) de la Ley 40/1998.

3.3.2.2. Precio del préstamo.

Es un rendimiento del capital mobiliario derivado de la cesión a terceros de capitales propios, que debe integrarse en la base imponible en el período impositivo en el que sea exigible.

3.3.2.3. Compensaciones.

Tratándose de compensaciones por frutos (dividendos, intereses), el prestamista obtiene rendimientos del capital mobiliario derivados de la cesión a terceros de capitales propios. Si la compensación es por reembolso de capital se aplica la regla de transparencia anteriormente expuesta en relación con las personas jurídicas.

3.3.2.4. Depreciación de los valores prestados.

Para los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la depreciación de los valores prestados es irrelevante. Únicamente si hiciesen efectiva una pérdida mediante la cesión de los derechos derivados de la posición jurídica de prestamista, la pérdida sería fiscalmente computable.

La pérdida se cuantificaría por diferencia entre el valor de transmisión del derecho y el valor de adquisición de los valores prestados. Puesto que la transmisión derivada del préstamo no constituye alteración en la composición del patrimonio, ha de entenderse que el período de tenencia de los valores no se ha visto interrumpido por aquella, lo que deberá ser tomado en consideración a los efectos de la integración de la pérdida en la parte de la base imponible, general o especial, que corresponda.

El mismo tratamiento recibirán las ganancias patrimoniales.

3.3.2.5. Dedución para evitar la doble imposición de dividendos.

El prestamista no tiene tal derecho puesto que las compensaciones que percibe se califican como rendimientos del capital derivados de la cesión a terceros de capitales propios.

3.4. Tributación del prestatario.

A diferencia de las reglas relativas al prestamista, las que hacen referencia al prestatario no distinguen entre sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Las reglas relativas al prestatario son más complejas, porque deben abordar el supuesto de negociación de los valores recibidos en préstamos. Por motivos sistemáticos distinguiremos entre sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

3.4.1. Prestatario sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades.

3.4.1.1. Adquisición de los valores y su devolución.

Examinaremos en primer lugar las normas contables, y posteriormente las fiscales contenidas en el apartado 2 b).5.º de la disposición adicional decimoctava de la Ley 62/2003. El apartado 3 de la norma decimosexta de la Circular 4/1991, del Banco de España, establece que «... el prestatario de valores los dará de alta en su cartera, con abono a una cuenta que se incluirá como acreedores en el sector que corresponda, y se valorará siguiendo los criterios que se apliquen a los valores tomados, utilizando como precio de adquisición el de mercado de su fecha...».

El prestatario, por tanto, registrará en su balance los valores adquiridos por su valor de mercado y una deuda por el mismo importe.

A la extinción del préstamo se limitará a cancelar el activo y el pasivo, practicando el asiento inverso. Por tanto, el prestatario no registra resultado alguno, bajo la hipótesis de que no negocie los valores recibidos en préstamo. Tampoco parece que puedan derivarse resultados del eventual saneamiento de los valores, pues el saldo de la cuenta de valores y de la cuenta acreedora que recoge la deuda ha de ser el mismo.

Si los valores se transmiten, la norma decimosexta de la Circular 4/1991 prevé que la cuenta acreedora, es decir, la que recoge la deuda, se valora «... a los precios de mercado de los valores debidos, cuando se trate de valores susceptibles de formar parte de la cartera de negociación... o al precio al que se hayan vendido, cuando se trate de valores no susceptibles de formar parte de la cartera de negociación... sin que puedan contabilizarse beneficios hasta su recompra, si es el caso, y sin perjuicio de los saneamientos oportunos...».

De acuerdo con las reglas parcialmente transcritas, tratándose de valores integrantes de la cartera de negociación, la transmisión de los mismos no da lugar a resultados, porque el precio percibido, esto es, el de mercado, determina diferencias de signo opuesto en relación con el activo transmitido y el pasivo asumido. Por el contrario, a lo largo de la vida del préstamo pueden ir surgiendo ganancias por causa de la minoración del valor de mercado de los valores o pérdidas cuando el valor de mercado aumente, pues la cuenta acreedora debe ser valorada en función del valor de mercado referido, siendo la contrapartida, lógicamente, la cuenta de pérdidas y ganancias. Sin embargo, tratándose de valores que no son susceptibles de integrar la cartera de negociación, la minoración del valor de mercado no permite contabilizar beneficios, pero sí deberán contabilizarse pérdidas cuando dicho valor aumente. Los beneficios podrán contabilizarse en el momento de la recompra de los valores.

La devolución de los valores no determinará resultado contable alguno porque el valor del activo que se entrega y el del pasivo que se extingue es el mismo.

Es posible que la devolución se efectúe mediante la entrega de títulos homogéneos preexistentes, o bien tomados a su vez a préstamo. La norma contable nada prevé sobre el particular, pero es lógico entender que se deberá contabilizar un resultado, positivo o negativo, como consecuencia de la extinción del pasivo contra la entrega de los valores.

EJEMPLO 1:

Préstamos en los que se mantienen los valores hasta la cancelación.

1. Valores que integran en la cartera de negociación.

PRESTAMISTA	PRESTATARIO
$ \begin{array}{r} 140 \quad D \\ \qquad \qquad a \quad Cv \\ \text{(por la entrega)} \\ \hline \qquad \qquad \qquad \quad \times \quad \hline \\ 5 \quad D \\ \qquad \qquad a \quad P y g \\ \text{(por valoración a mercado)} \\ \hline \qquad \qquad \qquad \quad \times \quad \hline \end{array} $	$ \begin{array}{r} 140 \quad Cv \\ \qquad \qquad a \quad A \\ \text{(por la adquisición, 140 es valor de mercado)} \\ \hline \qquad \qquad \qquad \quad \times \quad \hline \\ 5 \quad Cv \\ 5 \quad P y g \\ \qquad \qquad a \quad P y g \\ \qquad \qquad a \quad A \\ \text{(por valoración a mercado)} \\ \hline \qquad \qquad \qquad \quad \times \quad \hline \end{array} $
	.../...

.../...

<p>3 <i>P y g</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a D</i></p> <p style="padding-left: 40px;">(por valoración a mercado)</p> <p>_____ x _____</p>	<p>3 <i>P y g</i></p> <p>3 <i>A</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a Cv</i> 3</p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a P y g</i> 3</p> <p style="padding-left: 40px;">(por valoración a mercado)</p> <p>_____ x _____</p>
<p>142 <i>Cv</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a D</i></p> <p style="padding-left: 40px;">(por adquisición)</p> <p>_____ x _____</p>	<p>142 <i>A</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a Cv</i> 142</p> <p style="padding-left: 40px;">(por devolución)</p> <p>_____ x _____</p>

Determinación de la renta según normas fiscales: no existen normas fiscales.

2. Valores que integran la cartera de negociación.

PRESTAMISTA	PRESTATARIO
<p>100 <i>D</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a Cv</i></p> <p style="padding-left: 40px;">(por la entrega)</p> <p>_____ x _____</p>	<p>140 <i>Cv</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a A</i> 140</p> <p style="padding-left: 40px;">(por la adquisición, 140 es valor de mercado)</p> <p>_____ x _____</p>
<p>_____ x _____</p>	<p>3 <i>P y g</i></p> <p>3 <i>A</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a Cv</i> 3</p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a P y g</i> 3</p> <p style="padding-left: 40px;">(por valoración a mercado)</p> <p>_____ x _____</p>
<p>100 <i>Cv</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a D</i></p> <p style="padding-left: 40px;">(por la adquisición)</p> <p>_____ x _____</p>	<p>137 <i>A</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>a Cv</i> 137</p> <p style="padding-left: 40px;">(por devolución)</p> <p>_____ x _____</p>

EJEMPLO 2:

Ejemplos de transmisión de valores recibidos en préstamo.

1. Valores que se integran en la cartera de negociación.

PRESTAMISTA			PRESTATARIO		
140	<i>D</i>		140	<i>Cv</i>	
	<i>a Cv</i>	140		<i>a A</i>	140
	(por la entrega)			(por la adquisición, 140 es valor de mercado)	
_____	x	_____	_____	x	_____
	-		145	<i>T</i>	
				<i>a Cv</i>	140
				<i>a Pyg</i>	5
				(por la transmisión)	
_____	x	_____	_____	x	_____
5	<i>D</i>		5	<i>Pyg</i>	
	<i>a Pyg</i>	5		<i>a A</i>	5
	(por valoración a mercado)			(por valoración a mercado de A)	
_____	x	_____	_____	x	_____
3	<i>Pyg</i>		3	<i>A</i>	
	<i>a D</i>	3		<i>a Pyg</i>	3
	(por valoración a mercado)			(por valoración a mercado de A)	
_____	x	_____	_____	x	_____
	-		142	<i>Cv</i>	
				<i>a T</i>	142
				(por la adquisición)	
_____	x	_____	_____	x	_____
142	<i>Cv</i>		142	<i>A</i>	
	<i>a D</i>	142		<i>a Cv</i>	142
	(por la adquisición)			(por devolución)	
_____	x	_____	_____	x	_____

.../...

.../...

Determinación de la renta según normas fiscales:

Valor de transmisión	145
Valor de adquisición	142
	3
Renta positiva	3 (coincide con la contable)

2. Valores que no se integran en la cartera de negociación.

PRESTAMISTA			PRESTATARIO		
<i>100 D</i>			<i>140 Cv</i>		
<i>a Cv</i>	<i>100</i>		<i>a A</i>	<i>140</i>	
(por la entrega)			(por la adquisición, 140 es valor de mercado)		
_____ x _____			_____ x _____		
-			<i>145 T</i>	<i>a A</i>	<i>145</i>
_____ x _____			(por la transmisión)	_____ x _____	
-			<i>142 Cv</i>	<i>a T</i>	<i>142</i>
_____ x _____			(por la adquisición)	_____ x _____	
-			<i>3 A</i>	<i>a P y g</i>	<i>3</i>
_____ x _____			(beneficios en recompra)	_____ x _____	
<i>100 Cv</i>	<i>a D</i>	<i>100</i>	<i>142 A</i>	<i>a Cv</i>	<i>142</i>
(por la adquisición)	_____ x _____		(devolución)	_____ x _____	

Determinación de la renta según normas fiscales:

Valor de transmisión	145
Valor de adquisición	142
	3
Renta positiva	3 (coincide con la contable)

EJEMPLO 3:

Ejemplos de devolución con cargo a valores preexistentes o adquiridos por medio de préstamo.

1. Con cargo a valores preexistentes (cartera de negociación):

PRESTAMISTA			PRESTATARIO		
140	<i>D</i>		140	<i>Cv</i>	
	<i>a Cv</i>	140		<i>a A</i>	140
	(por la entrega)			(por la adquisición, 140 es valor de mercado)	
_____	x	_____	_____	x	_____
			145	<i>T</i>	
	-			<i>a Cv</i>	140
				<i>a Pyg</i>	5
				(por la transmisión)	
_____	x	_____	_____	x	_____
5	<i>D</i>		5	<i>Pyg</i>	
	<i>a Pyg</i>	5		<i>a A</i>	5
	(por valoración a mercado)			(por valoración a valor de mercado de A)	
_____	x	_____	_____	x	_____
3	<i>Pyg</i>		3	<i>A</i>	
	<i>a D</i>	3		<i>a Pyg</i>	3
	(por valoración a mercado)			(por valoración a valor de mercado de A)	
_____	x	_____	_____	x	_____
142	<i>Cv</i>		142	<i>A</i>	
	<i>a D</i>	142		<i>a Cv</i>	127
				<i>a Pyg</i>	15
	(por adquisición)			(por la devolución con valores preexistentes)	
_____	x	_____	_____	x	_____

Determinación de la renta según normas fiscales:

Valor de transmisión	145
Valor de adquisición	142

Renta positiva	3 (coincide con la contable)
	.../...

.../...

Valor de transmisión	142
Valor de adquisición	127
	15
Renta positiva	15 (coincide con la contable)

2. Con cargo a valores tomados a título de préstamo (cartera de negociación):

PRESTAMISTA			PRESTATARIO		
<i>140 D</i>		<i>140</i>	<i>140 Cv</i>		<i>140</i>
	<i>a Cv</i>			<i>a A</i>	
	(por la entrega)			(por la adquisición, 140 es valor de mercado)	
	_____ x _____			_____ x _____	
	-				
	_____ x _____			_____ x _____	
<i>5 D</i>		<i>5</i>	<i>5 P y g</i>		<i>5</i>
	<i>a P y g</i>			<i>a A</i>	
	(por valoración a mercado)			(por la valoración a mercado de A)	
	_____ x _____			_____ x _____	
<i>3 P y g</i>		<i>3</i>	<i>3 A</i>		<i>3</i>
	<i>a D</i>			<i>a P y g</i>	
	(por valoración a mercado)			(por la valoración a mercado de A)	
	_____ x _____			_____ x _____	
	-				
	_____ x _____			_____ x _____	
<i>142 Cv</i>		<i>142</i>	<i>142 A</i>		<i>140</i>
	<i>a D</i>			<i>a Cv</i>	<i>140</i>
	(por adquisición)			<i>a P y g</i>	<i>2</i>
	_____ x _____			_____ x _____	

.../...

.../...	
Determinación de la renta según normas fiscales:	
Valor de transmisión	145
Valor de adquisición	140

Renta positiva	5 (coincide con la contable)

El número 5.º del apartado 2 b) establece un conjunto de reglas que, ampliamente hablando, son reproducción de las normas contables o, cuando menos, producirán efectos análogos. Estas reglas, probablemente pensadas en relación con sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, también se aplican a los del Impuesto sobre Sociedades, pues la norma que las contiene se refiere genéricamente a los prestatarios.

Las reglas regulan los siguientes supuestos de hecho:

- Transmisión de valores homogéneos a los tomados en préstamo y adquisición.
- Transmisión de los valores tomados en préstamo.
- Devolución de valores con valores homogéneos preexistentes o con otros valores tomados de antemano.

Lo primero que cabe decir respecto de estas normas es que no abarcan la totalidad de los hechos que pueden acaecer en el prestatario. En efecto, entre otros, no regulan el hecho más elemental, a saber, la tenencia de los valores recibidos en préstamo hasta la cancelación del mismo. En relación con este hecho se aplicarán las normas contables. Tampoco regula los efectos de la variación de valor en el mercado de los valores de la misma especie y calidad que deberán ser objeto de devolución. También se aplicarán las normas contables, si bien una interpretación rígida del párrafo segundo del número 5.º del apartado 2 b) pudiera llegar a la conclusión opuesta.

Lo segundo, que cabe una interpretación de las mismas congruente con las normas contables.

La primera norma se refiere a las transmisiones de valores homogéneos a los tomados en préstamo y su objeto es imputar los valores vendidos a la cartera de valores tomados en préstamo. Los valores recibidos en préstamo, en este sentido, constituyen una cartera independiente. Esta regla no está reñida con las normas contables, pues siendo cierto que el Plan General de Contabilidad integra todos los valores homogéneos en la misma cartera, en el sentido de su valoración por el coste medio ponderado, también lo es que los valores recibidos en préstamo se valoran por un precio de adquisición peculiar que no es, en rigor, el precio de coste en el sentido de precio satisfecho por su

adquisición. Por esta razón, la regla fiscal de separación de carteras no contradice la norma contable de valoración de la cartera según el coste medio.

La norma fiscal distingue entre cartera de valores tomados a préstamo y cartera de valores homogéneos preexistente. Y el efecto de esta distinción es imputar las primeras ventas a la cartera de valores tomados a préstamo.

Seguramente esta regla deriva de las prácticas contables más extendidas, pero no estando recogida explícitamente por las normas mercantiles de naturaleza contable, el legislador ha entendido oportuno explicitarla.

También es efecto de la referida distinción que los valores homogéneos adquiridos durante la vida del préstamo se imputen a la cartera de valores tomados en préstamo en cuanto sean necesarios por cumplir con la obligación de devolución.

En suma, la cartera de valores tomados en préstamo es independiente de la cartera de valores homogéneos preexistentes, y de ahí se derivan dos reglas de imputación de transmisiones y adquisiciones.

La segunda norma regula la determinación del resultado de las transmisiones de los valores tomados a préstamo. El referido resultado se determina por diferencia entre el precio de transmisión y el valor de adquisición de otros valores de la misma especie o calidad para hacer frente a la devolución. Nótese que, a diferencia de las transmisiones de valores de la cartera propia, las de la cartera de valores tomados a préstamo, determinan un resultado por diferencia entre el precio de una transmisión y el precio de una adquisición posterior. Es decir, se enfrenta un precio de transmisión contra un precio de adquisición que surge, contrariamente al caso general, con posterioridad. Este resultado se imputa, como no podía ser de otra manera, al período impositivo en el que se produce la posterior adquisición.

Ahora bien, esta norma no es contraria a la norma contable, sino que, por el contrario, tiene el mismo efecto. La norma contable relativa a los valores que no son susceptibles de formar parte de la cartera de negociación obliga a demorar la contabilización de los beneficios hasta el momento de la recompra, aunque las pérdidas deben contabilizarse conforme se vayan produciendo por aplicación del principio de prudencia. La norma contable relativa a los valores que son susceptibles de integrar la cartera de negociación obliga a contabilizar las pérdidas y los beneficios conforme se vayan produciendo. En ambos casos, el resultado, positivo o negativo, de la transmisión de los valores tomados a préstamo es la diferencia entre el precio de transmisión y el de la posterior adquisición y el resultado, positivo o negativo, ha de imputarse a lo largo de un conjunto de períodos impositivos siendo el último de ellos aquel en el que se ha producido la posterior adquisición.

La norma fiscal no es sino una recepción simplificada de la norma contable. No la contradice, sino que sigue sus criterios de manera simplificada pues no atiende a las variaciones de valor de mercado de los valores de la misma especie y calidad que deberán adquirirse para cumplir con la obligación de devolución.

Una interpretación rígida de la norma fiscal nos llevaría a entender que las pérdidas y las ganancias derivadas de la variación del valor de mercado en el caso de los valores susceptibles de integrar la cartera de negociación deben excluirse de la base imponible hasta el período impositivo de la posterior adquisición, y que las pérdidas que por el mismo motivo se presentaran en el caso de valores no susceptibles de integrar la cartera de negociación igualmente deberían diferirse a dicho período impositivo. No creemos que esta interpretación sea la más correcta, puesto que la norma fiscal no establece nada en contra del cómputo (positivo o negativo) de tales variaciones de valor.

La tercera norma regula la determinación del resultado cuando el prestatario devuelve valores de la misma especie y calidad preexistentes en su patrimonio o bien valores tomados a préstamo. En ambos casos el prestatario habrá, previamente, transmitido los valores recibidos en préstamo, pero no efectúa una posterior adquisición, puesto que entregará en devolución valores preexistentes de la misma especie o calidad o valores tomados a préstamo.

Cuando se haga frente a la devolución con valores preexistentes, la norma establece que «... se tomará como valor de adquisición el de cotización en la fecha... de la cancelación...», y que «... el citado valor de cotización se tomará como valor de transmisión para calcular la renta derivada de la devolución...».

Aparentemente ambas normas son contradictorias, porque producen el efecto de igualar el valor de adquisición y el de transmisión, con lo cual el resultado será siempre nulo. Para deshacer la contradicción, hemos de entender que la norma relativa al valor de adquisición tiene por objeto señalar que los valores homogéneos preexistentes son considerados adquiridos a efectos de la devolución en la fecha de cancelación del préstamo, de manera tal que, en dicho momento surgirá un resultado, positivo o negativo, derivado de la transmisión previa de los valores tomados en préstamo, y otro por diferencia entre el valor de transmisión de los valores homogéneos preexistentes (que es el de su cotización en la fecha de devolución) y su valor contable. Hay pues dos resultados, pues dos son las operaciones: transmisión previa de los valores tomados a préstamo (precio de transmisión – valor de cotización a la cancelación) y transmisión para devolución (valor de cotización a la cancelación – valor contable).

La norma contable guarda silencio sobre esta operación, pero no es difícil colegir que de su aplicación se deriva el mismo resultado, pues la contabilidad debe reflejar el resultado de la liberación del pasivo que representa la obligación de devolución contra la entrega de los valores preexistentes, y como quiera que tal pasivo en el momento de la cancelación debe reflejar el valor de mercado de los valores de la misma especie y calidad, contablemente aparecerán los dos resultados aludidos.

Cuando se haga frente a la devolución con otros valores de la misma especie y calidad tomados a préstamo, la norma establece que «... se tomará como valor de adquisición el de cotización en la fecha del nuevo préstamo...». De esta manera, con ocasión de la devolución se producirá un resultado, positivo o negativo, determinado por la diferencia entre el precio de transmisión de los valo-

res tomados a préstamo transmitidos y el valor de adquisición de los valores nuevamente tomados a préstamo, que coincidirá con su valor de mercado.

Una vez más las normas fiscal y contable coinciden, porque la contabilidad reflejará el resultado de la liberación del pasivo contra la entrega de los valores tomados a préstamo, los cuales deben contabilizarse por su valor de mercado.

3.4.1.2. Precio del préstamo.

La norma no se refiere al precio del préstamo. Para el prestatario es un gasto contable y, por tanto fiscal, en ausencia de norma que establezca lo contrario.

3.4.1.3. Compensaciones.

Los números 1.º, 2.º y 3.º del apartado 2 b) de la disposición adicional decimoctava regulan, en relación con el prestatario, las compensaciones. Como ya sabemos, las compensaciones pueden tener origen en los frutos (dividendos, intereses) o en la recuperación de capital (reducción de capital con devolución de aportaciones, distribución de primas de emisión, transmisión de derechos de suscripción preferente...). Pues bien, los importes percibidos por los frutos «... se integrarán en la renta del prestatario...», y los derivados de la recuperación del capital «... tendrán la consideración de rendimientos de capital mobiliario derivado de la participación en fondos propios...», esto es, es un ingreso. A su vez, el importe de la compensación, sin distinguir si tiene su origen en frutos o devolución de capital, «... tendrá la consideración de gasto financiero, con el tratamiento que corresponda de acuerdo con su imposición personal...», esto es, es un gasto.

La norma decimosexta de la Circular 4/1991, del Banco de España, no aborda la contabilización de las compensaciones.

Podría discutirse si la compensación debería generar ingresos y gastos contables, o por el contrario ser tratada como una operación realizada por cuenta del prestamista. Pero, a los efectos de la formación de la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, el resultado del debate sería intrascendente, puesto que, en cualquier caso, el ingreso se compensa íntegramente con el gasto.

Las prolijas normas contenidas en los números 1.º, 2.º y 3.º del apartado 2 b) de la disposición adicional decimoctava de la Ley 62/2003, pueden resumirse diciendo que la compensación genera en el prestatario un ingreso y un gasto por el mismo importe.

Nada diferente se desprende de las normas contables, al menos a efectos de la determinación del resultado contable.

3.4.1.4. Depreciación de los valores recibidos en préstamo.

La norma fiscal nada establece. Por lo tanto se aplicarán las normas contables contenidas en la Circular 4/1991, del Banco de España.

La depreciación de los valores recibidos en préstamo no determina pérdidas para el prestatario, porque tal depreciación implica, simultáneamente, la disminución del valor de la correspondiente cuenta acreedora.

3.4.1.5. Dedución para evitar la doble imposición de dividendos.

El prestatario, en cuanto titular de los valores, percibe el dividendo, y el número 4.º del apartado 2 b) de la disposición adicional decimoctava de la Ley 62/2003 le otorga el derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos. El prestatario la aplicará en los términos previstos en su normativa, teniendo en cuenta las siguientes particularidades:

- Que en la fecha de realización del préstamo, el prestamista cumpliera los requisitos establecidos por su normativa para disfrutar la deducción.
- Que la deducción se calculará utilizando el menor de los tipos impositivos correspondientes a la entidad prestamista o a la prestataria.
- Que, a los efectos de aplicar la regla de plazo de tenencia de los valores en el entorno de la fecha de distribución del dividendo, del artículo 28.4 d) de la Ley, las operaciones de préstamo tendrán la consideración de adquisiciones y transmisiones.

El número 4.º del apartado 2 b) de la disposición adicional decimoctava de la Ley 62/2003 concede la deducción para evitar la doble imposición de dividendos a la entidad prestataria. Sin embargo, cuando la entidad prestataria debe compensar a la prestamista por razón del dividendo, la renta la obtiene esta última. La entidad prestataria percibe el dividendo, pero no obtiene renta, y la entidad prestamista no percibe el dividendo, pero sí tiene renta.

El artículo 28.4 e) de la Ley 43/1995 niega la deducción para evitar la doble imposición de dividendos cuando «... la distribución del dividendo o la participación en beneficios no determine integración de renta en la base imponible o cuando dicha distribución haya producido una depreciación en el valor de la participación...».

Puesto que el prestatario debe contabilizar los valores por su valor de mercado, el dividendo posteriormente distribuido determinará la depreciación de la participación si se distribuye con cargo a beneficios existentes en el momento de la adquisición. Pero esta depreciación se compensa con la minoración de valor de la deuda recogida en la cuenta acreedora. En este sentido, la restricción del artículo 28.4 e) relativa a la depreciación de la participación no se presentará. Pero sí se presentará

la consistente en la no integración de renta, pues el prestatario debe transferir al prestamista el importe del dividendo. Para evitar este escollo, el número 3.º del apartado 2 b) de la disposición adicional decimoctava de la Ley 62/2003 califica a la compensación como gasto financiero, lo cual es para ficción, porque el prestatario no sufre otro gasto que el precio o remuneración del préstamo, y, desde luego, calificar de gasto financiero la compensación llevaría, en ocasiones, a tipos de retribución del capital desmedidamente altos, lo que prueba lo artificioso de la calificación. Con todo, el artículo 28.4 e) de la Ley 43/1995 no impedirá la deducción para evitar la doble imposición de dividendos en el prestatario.

El prestatario podrá aplicar la deducción para evitar la doble imposición de dividendos en los términos previstos «... en su normativa...», esto es, tratándose de personas jurídicas, la deducción se practicará de acuerdo con las normas del artículo 28 de la Ley 43/1995, o de los artículos 20 bis o 30 si los valores son representativos del capital social de entidades no residentes en territorio español. Sin embargo, es requisito o condición de la deducción que «... en la fecha de realización del préstamo el prestamista cumpliera los requisitos establecidos por su normativa...».

Si nos centramos en la deducción para evitar la doble imposición interna, esto es, la del artículo 28 de la Ley 43/1995, nos encontramos con que el único requisito para practicar la deducción es la percepción de un dividendo, si bien para que la deducción sea plena, deben cumplirse dos requisitos adicionales: el temporal de tenencia de la participación, y el porcentaje del 5 por 100. Puesto que la percepción del dividendo se cumple en el prestatario, únicamente cabe referir la norma examinada a los requisitos de tiempo y porcentaje. En este sentido, si el prestamista no dispusiere de un porcentaje de participación del 5 por 100 en el momento de la realización del préstamo, el prestatario no podrá aplicar la deducción del 100 por 100, aun cuando complete con otros valores de su cartera dicho porcentaje. Y tampoco podrá aplicar la deducción del 100 por 100 cuando el prestamista no hubiere cumplido el año de tenencia, en el momento de la realización del préstamo, del porcentaje del 5 por 100, aun cuando complete tal período de tenencia, lo que, por cierto, se aviene bastante mal con la posibilidad de completar el plazo del año después del momento en que es exigible el beneficio, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 28.2 de la Ley 43/1995, establecida por la Ley 62/2003.

Vemos, por tanto, que el prestatario puede aplicar la deducción para evitar la doble imposición de dividendos, pero que ha de considerar, a tal efecto, el cumplimiento de los requisitos en el prestamista.

Pero de ahí no se deriva que la entidad prestataria se subroga en esos requisitos. Y así, la fecha de adquisición de la participación no será la de la entidad prestamista sino la de realización del préstamo y el porcentaje de participación será el correspondiente a los valores transmitidos aun cuando el prestamista tuviese otros de la misma especie y calidad que solos o conjuntamente con los prestados igualan o exceden el 5 por 100.

Finalmente, la cantidad a deducir se calculará en función del tipo de gravamen de la entidad prestamista si éste es inferior al de la entidad prestataria.

La concesión del derecho a la deducción a la entidad prestataria, con la correlativa privación del mismo a la entidad prestamista casa mal con la naturaleza de la operación. En realidad el único efecto económico de la operación es la remuneración que el prestatario paga al prestamista. La compensación que el prestatario abona al prestamista anula cualquier otro efecto económico, lo cual es conforme a la naturaleza del préstamo. Desde esta perspectiva, el prestamista, y no el prestatario, hubiera debido tener el derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos. Y así hubiera sido en ausencia del régimen especial, puesto que la compensación convierte al prestamista en el auténtico perceptor del dividendo.

Seguramente la intención del legislador no ha sido tanto conceder la deducción al prestatario como negarla al prestamista. Y ello porque, tal vez, en el caso de transmisión de la participación a un tercero por parte del prestatario, haya temido la práctica de una deducción doble, es decir, en el prestamista y en el prestatario. Sin embargo, al menos en teoría, la doble deducción no se dará debido a las normas establecidas en el artículo 28.4 e) de la Ley 43/1995.

En efecto, el tercero adquirente de los valores prestados sufrirá una depreciación de la participación por causa de la distribución del dividendo puesto que habrá pagado por la participación su valor de mercado y, por tal depreciación no podrá aplicar la deducción. Tampoco podrá aplicarla el prestatario, puesto que no percibe el dividendo, ni el prestamista, a quien la norma se la niega a pesar de percibir la compensación. Y ninguno de los transmitentes de los valores (prestamista a prestatario y prestatario a tercero) podrán aplicar la deducción para evitar la doble imposición de plusvalías del artículo 28.5, pues ninguno de ellos obtiene renta en las correspondientes transmisiones; el prestamista porque así lo establece la norma contable ratificada por la fiscal, y el prestatario porque así lo establece la norma contable en la medida en que debe dar de alta los valores recibidos por su valor de mercado.

De esta suerte la norma aboca a la doble imposición. Y también, por paradójico que ello pueda parecer, permite el tráfico de créditos o deducciones fiscales a través del préstamo de valores ya que el efecto del contrato, en este sentido, es desplazar la deducción o la exención para evitar la doble imposición de dividendos desde el prestamista al prestatario.

Veamos sendos ejemplos. En el primero, se constata la existencia de doble imposición, y en el segundo la traslación de un crédito de impuesto.

EJEMPLO 4:

PRESTAMISTA (SOCIO INICIAL)		PRESTATARIO (SOCIO INTERMEDIO)		TERCERO (SOCIO FINAL)		SOCIEDAD PARTICIPADA	
100 Cv	a T (constitución de sociedad participada)	100	-	-	100 T	a C (constitución)	100
	x _____		x _____	x _____		x _____	
100 D	a Cv (préstamo: entrega de valores)	100	200 Cv	-	100 T	a P y g (beneficios acumulados)	100
	x _____		a A (préstamo: recepción de valores)	x _____		x _____	
		200 T	200 Cv	200 Cv			
			(transmisión)	(adquisición)			
			a Cv	a T			
			x _____	x _____			
100 T	a P y g (compensación)	100	100 A	100 T	100 P y g	a T (distribución dividendo)	100
	x _____		a T (compensación)	(dividendo)		x _____	
			x _____	x _____			

.../...

.../...

	100 P y g (depreciación)	a Provisión 100	
-	-	x	x
x	x	x	x
-	100 Cv (adquisición)	a T 100	100
x	x	x	x
100 Cv (recuperación)	a D 100	a Cv 100	100
x	x	x	x
100 Provisión 100 T (transmisión)	a Cv 200	x	x

- Cv = cartera de valores
- D = cuenta deudora
- A = cuenta acreedora
- T = tesorería
- C = capital

.../...

.../...

Liquidación:

Prestamista	100/0,35
Prestatario	-
Tercero	-
Participación	(100/0,65)/0,35

Puede apreciarse que existe un exceso de imposición sobre 100, puesto que en el conjunto de los sujetos pasivos la renta obtenida ha sido 100 (después del Impuesto sobre Sociedades), pero en la base imponible se han integrado 200.

EJEMPLO 5:

PRESTAMISTA (SOCIO INICIAL)			PRESTATARIO (SOCIO INTERMEDIO)			SOCIEDAD PARTICIPADA		
100	Cv					100	T	
	a T	100		-			a C	100
	(constitución sociedad participada)						(constitución)	
	x			x			x	
100	P y g					100	T	
	a T	100		-			a P y g	100
	(pérdidas)						(beneficios acumulados)	
	x			x			x	
100	D		200	Cv				
	a Cv	100		a A	200		-	
	(préstamo: entrega de valores)			(préstamo: recepción de valores)				
	x			x			x	
			100	T		100	P y g	
				a Cv	100		a T	100
				(recepción del dividendo)			(distribución de beneficios)	
				x			x	
100	T		100	A				
	a P y g	100		a T	100			
	(compensación)			(compensación)				
	x			x				
100	Cv		100	A				
	a D	100		a Cv	100			
	(recuperación)			(devolución)				
	x			x				
			140	T				
				a P y g	140			
				(otras rentas)				
				x				

.../...

.../...

Liquidación:

Prestamista	0/0,35
Prestatario	140/0,35 – 100/0,35
Participación	100/0,35

Puede apreciarse que, en el conjunto de los sujetos pasivos la tributación es correcta, porque la renta conjunta es 140. Pero la entidad prestataria, que no ha obtenido renta alguna derivada de la operación de préstamo disfruta de una deducción del 35 por 100. Con ello la prestamista ha transferido a la prestataria una deducción de la que ella no podía disfrutar por tener renta nula.

Lo curioso es que el legislador es consciente del problema del tráfico de créditos fiscales, y por ello establece la regla de cálculo de la deducción para evitar la doble imposición de dividendos al tipo de gravamen de la entidad prestamista si es menor que el de la entidad prestataria. Pero el legislador aborda tan sólo uno de los variados casos en los que el préstamo de valores puede ser utilizado para traficar por motivos fiscales con la deducción para evitar la doble imposición de dividendos. Hay otros, tales como las pérdidas en la prestamista o las rentas insuficientes para aprovechar la deducción. La lógica final que anima la regla del cálculo al menor tipo de gravamen lleva a situar la deducción en el prestamista, el cual es, por otra parte, quien a través de la compensación obtiene la renta.

3.4.2. Prestatario sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

3.4.2.1. Adquisición de los valores y su devolución.

El número 5.º del apartado 2 b) de la Ley 62/2003 establece tres normas cuyo presupuesto es la transmisión de los valores recibidos en préstamo durante la vida del préstamo. Cuando el prestatario no ha transmitido los valores recibidos en préstamo, han de aplicarse las normas generales de la Ley 40/1998 relativas a las ganancias y pérdidas patrimoniales.

En el momento de la realización del préstamo se altera la composición del patrimonio del prestatario, pues se adquiere la propiedad de los valores recibidos y se asume la obligación de devolver otros tantos de la misma especie y calidad, pero de ello no se deriva la obtención de una ganancia o pérdida patrimonial, porque el valor del activo (valores) y del pasivo (obligación de devolver) es idéntico.

También a raíz de la devolución se produce una alteración en la composición del patrimonio del prestatario. El prestatario transmite la propiedad sobre los valores al prestamista, pero no recibe de éste precio, sino que se libera de la obligación de devolver. En suma, el patrimonio del prestatario no varía de valor. Varía de composición, pero no varía de valor, y por ello nos inclinamos a con-

siderar que no existe ganancia o pérdida patrimonial, a pesar de que el artículo 35.1 a) y b) de la Ley 40/1998 establece normas para cuantificar las ganancias y pérdidas patrimoniales habidas en la transmisión de valores y como consecuencia del préstamo se produce una transmisión.

Cuando el prestatario transmite los valores recibidos en préstamo, para cumplir con su obligación de devolución debe adquirir otros de la misma especie o calidad.

La transmisión de los valores recibidos en préstamo da lugar a una renta que se calcula «... por la diferencia entre el valor de transmisión y el valor de adquisición que corresponda a los valores homogéneos adquiridos durante la duración del préstamo y con posterioridad a la transmisión...». Esta renta se imputa al «... período impositivo en el que tenga lugar la posterior adquisición de otros valores homogéneos...», es decir, al período impositivo en el que se efectúa la adquisición de los valores.

Esta norma es similar a la de naturaleza contable referida a valores distintos de los que integran la cartera de negociación. En efecto, la renta, positiva o negativa, se sitúa en el período impositivo en el que se produce la adquisición, y esto mismo es lo que establece la norma contable para los beneficios, aunque no para las pérdidas que, debido al influjo del principio de prudencia valorativa, deben contabilizarse tan pronto se produzcan, tratándose de valores no susceptibles de integrar la cartera de valores de negociación.

Cuando el prestamista transmite los valores prestados y tiene valores homogéneos con aquéllos en su cartera no precisa adquirir otros valores homogéneos para cumplir con la obligación de devolución. Cuando el prestamista transmite los valores recibidos, también puede efectuar la devolución mediante la entrega de valores homogéneos que ya tenía en su patrimonio al tiempo de realizarse el préstamo o bien mediante la entrega de otros tomados a préstamo. En otros casos «... se tomará como valor de adquisición el de cotización en la fecha del nuevo préstamo o de la cancelación...». En consecuencia, la renta derivada de la operación es la diferencia entre el precio obtenido por la transmisión de los valores recibidos a préstamo y el valor de mercado de los valores entregados en concepto de devolución al prestamista, sea en la fecha de la cancelación o en la de la realización del nuevo préstamo de valores.

Además de tal renta, hay otra que se obtiene cuando se efectúe la devolución con valores homogéneos preexistentes, que se calcula por diferencia entre el valor de mercado de los citados valores y su valor de adquisición.

3.4.2.2. Precio del préstamo.

La norma no se refiere al precio del préstamo. Habrá, por tanto, que aplicar las normas generales. Estamos ante un gasto derivado del uso de un capital mobiliario integrado por valores. En consecuencia sólo será fiscalmente deducible si el préstamo se afecta a la realización de actividades económicas. En otro caso, o bien no estará asociado a fuente de renta alguna o bien lo estará a una fuente de renta de capital mobiliario o inmobiliario. En el primer caso no será fiscalmente deducible. En el segundo lo será con los requisitos, condiciones y límites establecidos para cada fuente de renta.

3.4.2.3. Compensaciones.

Como se indicó en 3.4.1.3, las compensaciones generan un gasto financiero en el prestatario, que es la exacta contrapartida de los frutos (dividendos, intereses) o de la recuperación del capital (distribución de la prima de emisión, reducción del capital con devolución de aportaciones, transmisión de los derechos de suscripción...). Tratándose de un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, tales movimientos financieros y patrimoniales son absolutamente neutrales respecto del resultado contable, y por tanto de la base imponible, porque, o bien no determinan ni ingresos ni gastos o bien el importe y la imputación temporal de unos y otros es el mismo. Pero tratándose de sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la cuestión es diferente, porque la Ley 40/1998 establece severas restricciones respecto de la deducción de los gastos. Por esta razón las calificaciones que efectúan las normas contenidas en los números 1.º, 2.º y 3.º del apartado 2 b) de la Ley 62/2003 conducen a una fiscalidad esotérica y, como se verá, incompatible con el principio de capacidad económica.

Los citados apartados establecen el siguiente tratamiento:

- Dividendos, participaciones en beneficios y otros rendimientos derivados de los valores tomados en préstamo. Estos conceptos «... se integran en la renta del prestatario...», si bien no se establece bajo qué concepto. Por tanto, se aplicarán las normas generales de la Ley 40/1998, de manera tal que estaremos ante rendimientos del capital mobiliario derivados de la participación en fondos propios (art. 23.1) o de la cesión a terceros de capitales propios (art. 23.2).
- Distribución de la prima de emisión y reducción de capital con devolución de aportaciones. Estos conceptos se califican, por «... la totalidad del importe percibido por el prestatario...», como rendimiento del capital mobiliario derivado de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad...».

El artículo 23.1.5.º de la Ley 40/1998 califica como rendimiento del capital mobiliario al importe distribuido de la prima de emisión, pero sólo en el exceso sobre el valor de adquisición de la participación, y lo propio hace el artículo 31.3 a) de la Ley 40/1998 respecto del exceso de los importes recibidos sobre el valor de adquisición de la participación como consecuencia de la reducción del capital con devolución de aportaciones.

- Valor de mercado de los derechos de suscripción preferente. Se califica como rendimiento del capital mobiliario derivado de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad.

Tratándose de valores cotizados, el exceso del precio de transmisión del derecho de suscripción preferente sobre el valor de adquisición de la participación es calificado como ganancia patrimonial por el artículo 35.1 a) de la Ley 40/1998.

Puede apreciarse que los números 1.º y 2.º del apartado 2 b) efectúan, excepto por lo que se refiere a los frutos, unas calificaciones o normas de cálculo del importe de las rentas que se separan de la Ley 40/1998.

Ninguna importancia tendría tal desviación si las referidas rentas fueran neutralizadas, a efectos fiscales, a causa de la compensación que el prestatario debe efectuar en favor del prestamista. Ahora bien, tal neutralización no se produce porque «... la compensación efectivamente satisfecha tendrá la consideración de gasto financiero, con el tratamiento que corresponda de acuerdo con su imposición persona...» y los gastos financieros no son deducibles en relación con los rendimientos del capital mobiliario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 de la Ley 40/1998.

El efecto final es hacer tributar al prestatario sobre unas rentas que no ha obtenido. Probablemente esta norma desaliente que las personas físicas intervengan como prestatarios o que cuando intervengan tengan buen cuidado en no percibir frutos o recuperaciones de capital, instrumentando la operación en tal sentido.

Tal descalabro puede paliarse aplicando a las referidas rentas la deducción para evitar la doble imposición de dividendos pero no es totalmente claro que tal deducción proceda en relación con la totalidad de las mismas.

3.4.2.4. Depreciación de los valores recibidos en préstamo.

Como se expuso en 3.4.1.4 la norma fiscal nada establece. Por otra parte, la norma contable no es aplicable en relación con sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En cualquier caso, la depreciación de los valores recibidos en préstamo no determina pérdidas para el prestatario, porque tal depreciación implica, simultáneamente, la disminución de valor de la obligación de devolver otros tantos valores de la misma especie y calidad.

3.4.2.5. Deducción para evitar la doble imposición de dividendos.

El número 4.º del apartado 2 b) establece que «... el prestatario tendrá derecho a aplicar las exenciones o deducciones establecidas en su imposición personal, en los términos previstos en su normativa...».

El prestatario tiene, por tanto, derecho a la deducción por doble imposición de dividendos del artículo 66 de la Ley 40/1998.

La deducción se aplicará sobre los dividendos, y no se aplicará sobre los intereses. Es dudoso que se aplique sobre el importe de la prima de emisión, de la reducción de capital o del valor de mercado de los derechos de suscripción preferente. En sentido positivo puede aducirse la calificación de rendimiento del capital mobiliario derivado de la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad del número 4.º del apartado 2 b), y en sentido negativo que aquellos conceptos no tienen derecho a la deducción en la Ley 40/1998, a pesar de también tener en la misma la calificación de rendimientos derivados de la participación en fondos propios. Este argumento nos parece más sólido.

Por tanto, el prestatario practicará la deducción para evitar la doble imposición de dividendos en relación con las rentas que la tienen de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.1 de la Ley 40/1998.

El prestatario sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no está afectado por las «particularidades» previstas en el número 4.º del apartado 2 b), pues a poco que se examinen las mismas se observa que no tienen aplicación en relación con sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pero sí por la norma restrictiva de la deducción basada en el tiempo de tenencia de los valores en el entorno de la fecha de distribución del dividendo, puesto que el último párrafo del citado número 4.º prevé que, a tal efecto, «... las operaciones de préstamo de valores tendrán la consideración de adquisiciones y transmisiones...». No obstante, cuando el prestamista sea un no residente, considerando que el mismo no tiene derecho ni a la deducción ni a la exención para evitar la doble imposición de dividendos, el prestatario tampoco tendrá derecho. Este criterio también es válido cuando el prestatario sea un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades.

Por tanto, el prestatario receptor del dividendo adquiere, a estos efectos, en la fecha de realización del préstamo, y transmite en la fecha de devolución de los valores prestados o también en la fecha anterior en la que los hubiere transmitido.

Aun cuando el prestatario pueda aplicar plenamente la deducción para evitar la doble imposición de dividendos, cuando esté obligado a compensar al prestamista, sucederá que está tributando sobre una renta que no obtiene efectivamente, y esto es inquietante desde la perspectiva de la capacidad económica.

Ya desde la perspectiva de la neutralidad, la realización de un préstamo de valores determina, en relación con la doble imposición de dividendos, un exceso de imposición, puesto que el prestatario tributaría sobre una renta que no hace suya debido a la compensación y el prestamista tributaría por tal renta en concepto de rendimiento derivado de la cesión a terceros de capitales propios, es decir, sin derecho a la deducción para evitar la doble imposición de dividendos.

EJEMPLO 6:

Ejemplo de tributación del préstamo de valores cuando el prestatario es una persona física.

1. Prestamista persona física; compensación sobre dividendos; posterior transmisión de la participación una vez cumplidos dos meses a partir del dividendo.

Tributación del prestatario:

Dividendo bruto	72
Base imponible	100 (72 × 1,4)
Cuota íntegra	45 (100/0,45)

.../...

.../...

Deducción	28,8 (72/0,4)
Precio de transmisión del valor prestado	1.000
Precio de adquisición para devolución	980 (1.000 – 980)
Renta (ganancia patrimonial)	20
Cuota íntegra	9 (20/0,45)

Tributación del prestamista:

Compensación por dividendo	72
Cuota íntegra	32,4 (72/0,45)

Tributación que se hubiera producido caso de percibirse el dividendo por el prestamista.

Tributación del prestatario:

Precio de transmisión del valor prestado	1.000
Precio de adquisición para devolución	980
Renta (ganancia patrimonial)	20
Cuota íntegra	9 (20/0,45)

Tributación del prestamista:

Dividendo bruto	72
Base imponible	100 (72 × 1,4)
Cuota íntegra	45 (100/0,45)
Deducción	28,8 (72/0,4)

Puede apreciarse que la distribución de un dividendo constante el préstamo de valores determina un exceso de imposición (32,4) equivalente a la tributación del prestamista. Para evitar tal exceso de imposición, la deducción para evitar la doble imposición de dividendos hubiera debido residenciarse en el prestamista y, al tiempo, considerar que el prestatario no debe tributar por el dividendo que transfiere al prestamista vía compensación. Nótese que la calificación de la compensación como gasto financiero impide su deducción de los rendimientos del capital mobiliario.

2. Prestamista persona física; compensación sobre intereses; devolución con valores homogéneos preexistentes.

Tributación del prestatario:

Intereses brutos	100
Base imponible del prestatario	100
Cuota íntegra	45 (100/0,45)
Precio de transmisión del valor prestado	1.000
Valor de mercado de valores homogéneos en la cancelación	980
Valor de adquisición de los valores homogéneos preexistentes	900

.../...

.../...	
Ganancia patrimonial a corto plazo	20 (1.000 – 980)
Cuota íntegra	9 (20/0,45)
Ganancia patrimonial a largo plazo	80 (980 – 900)
Cuota íntegra	12 (80/0,15)
Tributación del prestamista:	
Compensación por dividendo	100
Base imponible	100
Cuota íntegra	45 (100/0,45)
Puede apreciarse que existe una doble imposición sobre los intereses, debido a que la compensación no es fiscalmente deducible en el prestatario por tener la calificación de gasto financiero, pese a que el prestatario no percibe renta.	

3.5. Obligación de retener.

El prestatario satisface al prestamista la remuneración del préstamo y las compensaciones. Ambos conceptos tienen la consideración de rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios del artículo 23.2 de la Ley 40/1998. Por tanto, versará sobre ellos la obligación de retener, tanto si el prestamista es persona física (art. 82 de la Ley 40/1998) como si es persona jurídica (art. 56.1 del Real Decreto 537/1997).

La letra c) del apartado 2 establece una norma relativa al obligado a retener. El obligado a retener es la entidad prestataria que hubiera intervenido en la operación, por cuenta propia o de terceros. No obstante, si el prestamista es una entidad mediadora o una entidad financiera que hubiese intervenido en la operación por cuenta de tercero, serán tales entidades las obligadas a practicar la retención con ocasión del pago de las rentas al perceptor.

La norma obliga a que la retención recaiga sobre las rentas pagadas al prestamista final, sin que, por tanto, deba practicarse retención en relación con la entidad financiera que actúa por cuenta de terceros. Cuando así sea, para dar cumplimiento al mandato legal, dicha entidad financiera deberá, de una parte, desvelar su condición frente al prestatario para evitar que éste practique retención, y de otra, practicar retención.

Finalmente, el último párrafo de la letra c) del apartado 2, establece «... las rentas a que se refiere esta letra estarán sujetas al sistema general de pagos a cuenta en los supuestos y con las excepciones previstos en los préstamos en efectivo...».

Se sigue de esta norma que los préstamos de valores disfrutarán de la excepción a la obligación de retener prevista para los préstamos concedidos por entidades de crédito y establecimientos

financieros de crédito inscritos en los registros especiales del Banco de España del artículo 57 c) del Real Decreto 537/1997.

Si bien las compensaciones son calificadas con carácter general como rendimientos del artículo 23.2 de la Ley 40/1998, cuando las mismas se refieran a la prima de emisión, reducción del capital o derechos de suscripción o asignación gratuita, tendrán, para el prestamista «... el tratamiento que corresponda conforme a su imposición personal...». Este precepto permite sostener que no debe practicarse retención respecto de tales importes, en la medida en que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 56 y 57 del Real Decreto 537/1997, no se hallan sujetos a retención.

Cuestión diferente es si están exceptuados de retención también los intereses y los dividendos que son objeto de compensación, en la medida en que los mismos estén exceptuados objetivamente de la obligación de retener. Así, por ejemplo, si los valores prestados son Letras del Tesoro. La cuestión es vidiosa porque el interés o dividendo objeto de la compensación es calificado como rendimiento obtenido por la cesión a terceros de capitales propios, de manera tal que parece perder su calificación sustantiva u original en razón a su naturaleza, para tener la apuntada por el hecho de la compensación.

4. EL DESPLIEGUE DE LOS INCENTIVOS FISCALES

El repliegue de las normas sobre la subcapitalización (art. 20 de la Ley 43/1995) y sobre la transparencia fiscal internacional (art. 121 de la Ley 43/1995) coexiste con el despliegue de los incentivos fiscales. Buena parte de las normas que la Ley 62/2003 dedica al Impuesto sobre Sociedades se refieren a los incentivos fiscales. Las enumeramos de manera sucinta:

- Elevación del porcentaje de deducción adicional por I+D, desde el 10 al 20 por 100 [art. 33.1 c)].
- Elevación del límite de la base de deducción por adquisición de tecnología avanzada desde 500.000 a 1.000.000 de euros [art. 33.2 b)].
- Elevación del límite de deducción global del 45 al 50 por 100 (art. 37.1).
- Ampliación de los incentivos fiscales para el arrendamiento de viviendas (art. 68.quinquies, 6).
- Ampliación de los incentivos fiscales para el capital-riesgo. Las rentas de los socios no residentes no se entenderán obtenidas en territorio español (art. 69).
- Beneficios fiscales «IV Centenario del Quijote» (disp. adic. vigésima de la Ley 62/2003).
- Beneficios fiscales «Copa América 2007» (disp. adic. trigésima cuarta de la Ley 62/2003).
- Plan Prever (disp. adic. trigésima sexta de la Ley 62/2003).

5. LA EXENCIÓN DE DIVIDENDOS Y PLUSVALÍAS DE FUENTE EXTRANJERA

Entre los requisitos para disfrutar de la exención de dividendos y plusvalías de fuente extranjera figura que la entidad participada haya estado gravada por un «... impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto (el Impuesto sobre Sociedades)...». Tal requisito, en lo sucesivo, se entenderá cumplido «... cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional que le sea aplicable y que contenga cláusula de intercambio de información...».

El artículo 1 del Modelo de Convenio prevé que «... el Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes...». Esta expresión la hallamos en el Modelo de Convenio de 1977, 1996, y en la versión revisada de enero de 2003.

Para determinar la residencia el Modelo de Convenio (1977, 1996 y 2003) remite a la legislación interna de los Estados contratantes, de manera tal que residente es «... toda persona que en virtud de la legislación de este Estado esté sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, residencia, sede dirección o cualquier otro criterio de naturaleza similar...», resolviéndose el conflicto de doble residencia a través del criterio de sede de dirección efectiva.

En el Modelo de Convenio de 1977 se añadió que el término residente de un Estado contratante «... no incluye a las personas que no están sujetas al impuesto en ese Estado sino exclusivamente por las rentas de fuentes situadas en ese Estado...», de manera tal que, en principio, quedan excluidas del convenio las entidades que únicamente tributan por las rentas de fuente local.

Los comentarios señalan que «... en sus términos y en su espíritu, esta disposición excluiría igualmente de la definición de residente de un Estado contratante a las empresas bajo control extranjero exoneradas de impuesto sobre sus rentas extranjeras en virtud de regímenes de favor concebidos para atraer sociedades instrumentales (*conduit companies, sociétés relais*). Sin embargo, esta disposición tiene dificultades y comporta limitaciones. Consecuentemente debe ser interpretada de una manera restrictiva porque, de lo contrario, se correría el riesgo de excluir del campo de aplicación del convenio a todos los residentes de países que aplican un principio de territorialidad en materia fiscal cuando, evidentemente, éste no es el resultado buscado...».

Los comentarios al Modelo de Convenio han ido incorporando a lo largo del tiempo un conjunto de normas antiabuso, basadas en diversos supuestos de hecho, cuyo efecto puede ser bien excluir a determinadas entidades del campo de aplicación del convenio, bien negar la aplicación del convenio a cierto tipo de rentas. Así, sociedades que son residentes de acuerdo con los propios términos del convenio no tendrán derecho a la aplicación del mismo, o rentas procedentes de entidades que son residentes de acuerdo con los propios términos del convenio no tendrán derecho a la aplicación del mismo, y, en este último caso, podría incluso suceder que rentas tales como dividendos o plusvalías de cartera estuvieran afectadas por la exclusión.

Así pues, si contemplamos el Modelo de Convenio y sus comentarios, nos encontramos con el siguiente panorama, respecto del campo de aplicación del convenio:

- Entidades que tienen la condición de residentes y no están incursas en causa de exclusión.
- Entidades que tienen la condición de residentes pero que están incursas en causa de exclusión, o, alternativamente, y con el mismo efecto, que no están cualificadas para disfrutar de los beneficios del convenio.
- Entidades que tienen la condición de residentes, que no están incursas en causa de exclusión o que, alternativamente, están cualificadas para disfrutar de los beneficios del convenio, pero que respecto de ciertas rentas no tienen derecho a la aplicación de dichos beneficios.

En los convenios suscritos por España, encontramos diversas regulaciones en relación con el campo de aplicación y las causas de exclusión. Así, los más antiguos, tienen el campo de aplicación más extenso pues no contienen cláusulas de restricción de la condición de no residente o cláusulas de exclusión, sean subjetivas o por tipos de rentas. Así, por ejemplo, el convenio con Alemania.

Los celebrados en el entorno de 1977 y posteriormente incorporan la cláusula de restricción de la condición de residente por razón del no gravamen de rentas de fuente extranjera. Así, por ejemplo, los convenios con Francia y Reino Unido.

El convenio con EE.UU. incorpora una cláusula –procedente del Modelo de Convenio EE.UU., actualmente incorporada en sus rasgos básicos en el comentario 20 del art. 1 del Modelo de Convenio– en cuya virtud ciertas entidades residentes y gravadas por renta mundial no están cualificadas para disfrutar de los beneficios del convenio.

Algunos convenios, sin excluir del campo de aplicación del mismo a una entidad, sí lo hacen respecto de las rentas distribuidas por la misma (dividendos, intereses, cánones y ganancias de capital), porque sus socios no son residentes en el país en el que lo es la entidad en cuestión, si bien tal exclusión no tendrá efecto cuando la entidad realice actividades empresariales sustantivas, distintas de la simple tenencia de acciones y bienes. Así, por ejemplo, los convenios de Portugal e Israel.

Otros convenios, como el recientemente suscrito con Chile, contienen la denominada cláusula de motivación fiscal, en cuya virtud los beneficios del convenio no se aplicarán sobre las rentas de ciertos activos (acciones, obligaciones, derechos...) cuando la entidad pagadora se ha constituido con el propósito de obtener tales beneficios.

El convenio con Luxemburgo contempla la exclusión de determinadas entidades *holding*. Finalmente, el convenio con Suiza no tiene cláusula de intercambio de información.

De acuerdo con lo expuesto, puede observarse que son muy variadas las situaciones que pueden presentarse según cuál sea el convenio para evitar la doble imposición que deba contemplarse, de manera tal que, en definitiva, el cumplimiento del requisito de gravamen por un impuesto extranjero tendrá diferente contenido práctico.

Está, sin embargo, en la mano del contribuyente superar tales diferencias, porque aunque no exista un convenio o incluso cuando medie uno del que la entidad participada esté excluida, podrá

disfrutar de la exención con tal que pruebe que los beneficios de dicha entidad han sido gravados por un tributo que haya «... tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida...».

La Administración tributaria, por el contrario, no podrá probar en contrario cuando medie un convenio, que sea aplicable a la entidad participada. Ahora bien, sí corresponde a la Administración tributaria calificar si, de acuerdo con lo previsto en el convenio, la entidad participada está o no comprendida en el ámbito de aplicación del mismo. Sin embargo, cuando la renta afectada pueda ser gravada en el país de la fuente (dividendos y ciertas plusvalías, según el convenio) es lo cierto que la Administración tributaria del mismo aplicará o no el convenio, y si lo aplica la función calificadora de la Administración tributaria española, aun siendo posible, queda en cierta medida constreñida.

Cuando no media convenio, o mediando no es aplicable, la Administración tributaria deberá comprobar si el impuesto que ha gravado los beneficios de la entidad participada es idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades. Tarea nada fácil, por cierto, pues siendo dicho impuesto de naturaleza personal (art. 1 de la Ley 43/1995), el artículo 20 bis considera que también puede ser un impuesto idéntico o análogo aquel que recae sobre cualquier elemento indiciario de la renta.

Las contestaciones a consultas del artículo 107 de la Ley General Tributaria de 1963 han creado una doctrina (1907/2002, 269/2001, 1447/2002, 632/2002, V0010/2002) sobre el particular, que puede ser resumida de la siguiente manera:

- En la comparación con el impuesto extranjero no deben desecharse los de carácter indiciario, siempre que el efecto final de dicho impuesto sea gravar efectivamente la renta de la sociedad participada, y ello para «... evitar que se desvirtúe la medición de la presión fiscal efectiva a partir de cuestiones más nominales que materiales...».
- No es imprescindible que el impuesto extranjero determine una tributación efectiva o «... ni siquiera aproximada...» a la del Impuesto sobre Sociedades. Sin embargo, la ausencia total de imposición descalifica al impuesto extranjero, a estos efectos.

Es fácilmente observable que ambos criterios son contradictorios. En efecto, el primero apela a la efectividad de una tributación no estrictamente personal (primacía de la tributación efectiva sobre la naturaleza del gravamen), pero el segundo se aparta del camino de la tributación efectiva. La raíz de la contradicción estriba en que la Dirección General de Tributos, en vez de realizar una interpretación aséptica de la norma, intenta justificarla, de manera tal que la convocatoria de la imposición indiciaria tendría por honorable fundamento tomar en consideración la presión fiscal efectiva, más allá de formalismos estériles, pero una vez vertida tal afirmación, totalmente innecesaria, se aparta de tan elevado camino para seguir el más prosaico, pero sin duda más acertado en el contexto del precepto, en el que la tributación efectiva queda ya muy templada.

Es propio del método de exención del artículo 20 bis de la Ley 43/1995 no prestar excesivo peso al impuesto pagado en el extranjero, ni a su contextura, a diferencia del método de imputación. Y así, en aplicación de este método, la Resolución del TEAC de 20 de junio de 2003 pudo negar la condición de impuesto de naturaleza idéntica o análoga al «Income Tax» de DUBAI porque «... grava la producción de petróleo y otros hidrocarburos ... (y) ... se calcula como ingresos estimados...».