

TRABAJO EFECTUADO POR:

EDUARDO SANZ GADEA

Inspector de Finanzas del Estado

Sumario:

XVI. Elementos para determinar la deuda tributaria.

XVII. Sujetos pasivos que deben soportar la inclusión.

1. Participación directa en el Impuesto sobre Sociedades (apartado 4 del art. 10).
2. Participación indirecta a través de entidades no residentes en el Impuesto sobre Sociedades (apartado 4 del art. 10).
3. Participación directa en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (apartado 4 del art. 2.º).
4. Participación indirecta a través de entidades no residentes en territorio español en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (apartado Cuatro del art. 2.º).
5. Conclusiones.

XVIII. Determinación del importe de la renta positiva.

1. Normas aplicables.
2. Determinación conjunta o separada del importe de la renta positiva.

3. Influencia de los impuestos pagados en el extranjero en relación a la determinación de la renta positiva.
4. Influencia de las pérdidas sufridas por la entidad no residente en la determinación de la renta positiva.
5. Renta positiva procedente de plusvalías.
6. Concepto bajo el cual se produce la inclusión en la base imponible.
7. Período impositivo en el que debe producirse la inclusión.
8. Conversión del importe de la renta positiva a pesetas.

XIX. Dividendos distribuidos por la entidad no residente.

1. Caso general: dividendos percibidos directamente de la entidad no residente.
2. Caso particular: dividendos percibidos a través de otras entidades no residentes.
3. Rentas positivas manifestadas en varias entidades.
4. Dividendos percibidos por personas o entidades distintas de las obligadas a la inclusión.
5. Problemas derivados de la diferencia de cambio.

XX. Deducción de impuestos satisfechos en el extranjero.

1. Descripción de los impuestos que potencialmente puedan gravar la renta positiva.
2. Impuestos que gravan la obtención de la renta positiva.
3. Impuestos que gravan la distribución de la renta positiva.
4. Momento en que debe practicarse la deducción.
5. Límite de deducción.
6. Impuestos satisfechos en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.
7. Doctrina de la OCDE.

XXI. Renta derivada de la transmisión de la participación.

1. Transmisión directa.
2. Transmisión indirecta.
3. Transmisiones de carácter intermedio.

Apéndices.

XVI. ELEMENTOS PARA DETERMINAR LA DEUDA TRIBUTARIA

Una vez que las circunstancias definitorias del control concurren (apartado Uno de los arts. 2.º y 10) y que la entidad controlada obtiene rentas susceptibles de inclusión (apartado Dos de los arts. 2.º y 10) que superan la regla *de minimis* (apartado Tres de los arts. 2.º y 10), se abre el proceso liquidatorio que consta de los siguientes elementos:

- Determinación del sujeto pasivo que debe soportar la inclusión de la renta positiva.
- Período impositivo en el que debe producirse la inclusión.
- Cuantificación de la renta positiva.
- Régimen de los dividendos distribuidos por la entidad no residente.
- Impuestos pagados en el extranjero.
- Transmisión de las acciones o participaciones.

En su conjunto, las normas liquidatorias responden al esquema de la transparencia fiscal interna: deben incluir la renta positiva los socios, la renta positiva se cuantifica de acuerdo con lo previsto en la Ley del Impuesto sobre Sociedades, los dividendos no se integran en la base imponible, los impuestos pagados en el extranjero se deducen de acuerdo con las normas generales para evitar la doble imposición internacional, aunque con las lógicas matizaciones, y, finalmente, la transmisión de las acciones o participaciones determina plusvalías para cuyo cálculo es preciso determinar el valor de titularidad.

XVII. SUJETOS PASIVOS QUE DEBEN SOPORTAR LA INCLUSIÓN

De acuerdo con lo previsto en el apartado Cuatro de los artículos 2.º y 10 de la Ley 42/1994 están obligados a la inclusión las personas físicas o las entidades residentes en territorio español que participan directamente en la entidad no residente o bien indirectamente a través de entidades no residentes en territorio español, cuando unas y otras estuvieran integradas en el grupo de control.

Tres son, pues, los requisitos que deben concurrir en el sujeto pasivo obligado a la inclusión:

- Ser residente en territorio español.
- Ser socio de la entidad no residente o participar en la misma indirectamente a través de entidades no residentes.
- Pertenecer al grupo de control, definido en la letra a) del apartado Uno de los artículos 2.º y 10.

Dos son los supuestos que, básicamente, pueden presentarse:

- Participación directa.
- Participación indirecta a través de entidades no residentes.

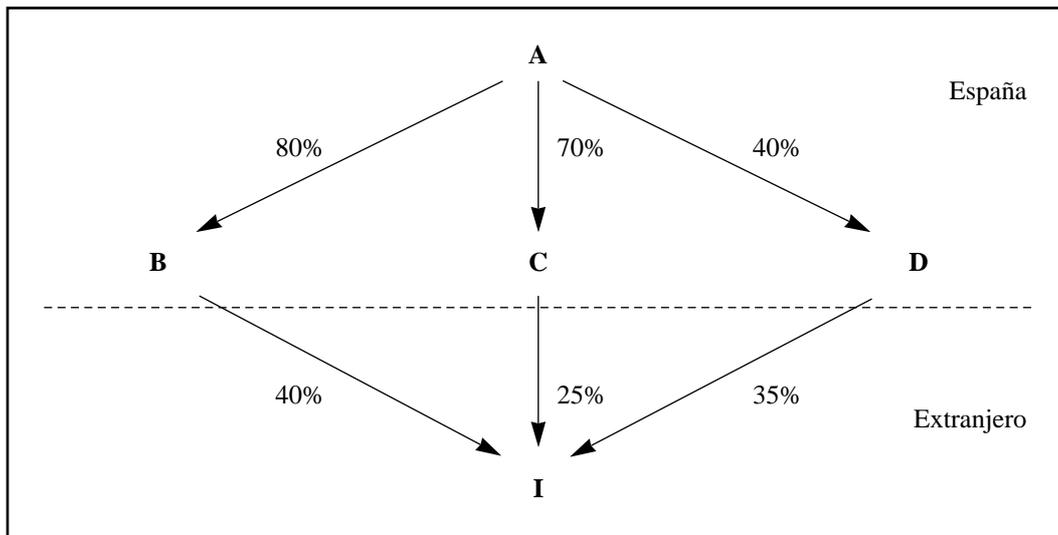
A su vez dichos supuestos se plantean tanto en el Impuesto sobre Sociedades como en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

1. Participación directa en el Impuesto sobre Sociedades (apartado 4 del art. 10).

Este supuesto es el más sencillo. Las entidades residentes en territorio español que se integran en el grupo de control y que ostentan participaciones directas son los sujetos pasivos obligados a la inclusión de la renta positiva.

La pertenencia al grupo de control es requisito necesario para ser sujeto pasivo obligado a la inclusión, pero la inclusión únicamente se produce en sede de las entidades que ostenten una participación directa.

Los supuestos que pueden plantearse son muy variados, pero lo esencial es retener que la inclusión no se produce en sede de la entidad dominante del grupo de control sino en sede de la entidad o entidades que ostentan la participación directa. Un esquema aclarará nuestra exposición:



Las Sociedades *A*, *B*, *C* y *D* forman el grupo de control puesto que componen un grupo en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio. *B*, *C* y *D* están sujetas a inclusión, en función de sus porcentajes de participación, de modo que la totalidad de la renta susceptible de inclusión obtenida por *I* tributará en España.

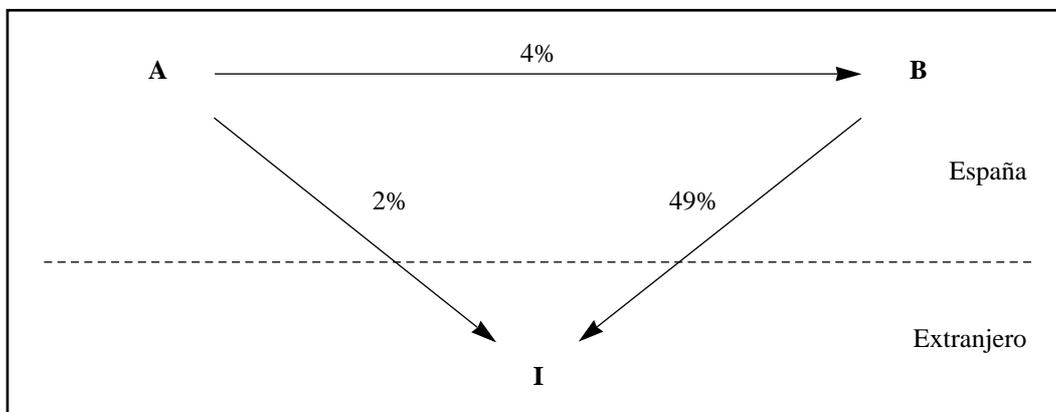
La Entidad *A* no está sujeta a la inclusión. El papel de *A* en la transparencia fiscal internacional es determinar la formación de un grupo de control, en el caso propuesto en cuanto entidad dominante de un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio.

El criterio legalmente establecido es que deben soportar la inclusión aquellas entidades que, residentes en territorio español, hubieran percibido el beneficio que posteriormente puede distribuir *I*: *B*, *C* y *D*.

En su conjunto, las entidades que deben soportar la inclusión ostentan una participación sobre la entidad no residente que obtiene la renta positiva susceptible de inclusión igual o superior al 50 por 100. Es decir, ostentan la mayoría; de tal modo que es presumible su capacidad para decidir la distribución del beneficio.

Los sujetos pasivos obligados a la inclusión lo están cualquiera que sea el grado de su participación, de modo que una participación ínfima puede dar lugar a la inclusión. Teniendo en cuenta que la relación socio-sociedad determina la vinculación de acuerdo con lo previsto en la letra b) del apartado 4 del artículo 16 de la Ley 61/1978, sin importar el grado de participación, se aduce que la transparencia fiscal internacional podría determinar obligaciones tributarias inopinadas e incluso

grotescas. Sería el caso de dos compañías vinculadas por la relación socio-sociedad a un bajo nivel de participación y que entre las dos controlasen a una entidad no residente sometida a un bajo nivel de tributación que obtiene rentas susceptibles de inclusión. Un esquema nos ilustrará:



A y B forman un grupo de control porque están vinculadas y la suma de sus participaciones es igual o superior al 51 por 100, de tal modo que A y B son sujetos pasivos obligados a la inclusión de la renta positiva.

¿Es, realmente, inapropiado o grotesco el supuesto? Opinamos que no.

Ha de tenerse en cuenta que en la mayor parte de los países que han establecido normas sobre transparencia fiscal internacional el grado de participación se mide mediante la acumulación de las participaciones tenidas por las personas o entidades residentes en el mismo, se hallen o no vinculadas entre sí.

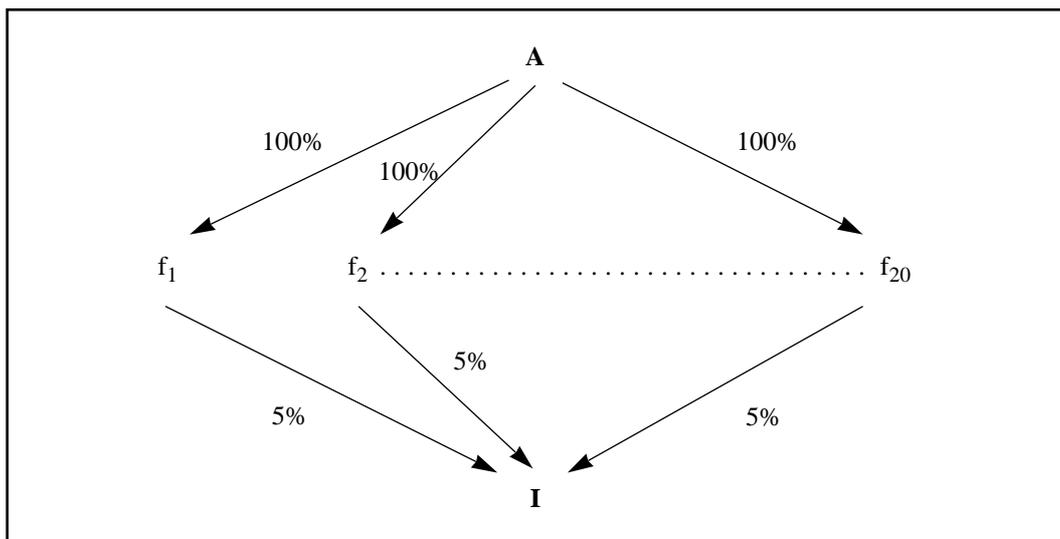
Quienes piensan, por el contrario, que tal supuesto es realmente arbitrario proponen, para salvarlo, que la relación de vinculación se entienda producida a partir de un porcentaje de vinculación significativo, por ejemplo, el 25 por 100, que es el que define la relación matriz-filial a efectos de la deducción por doble imposición (art. 24 Ley 61/1978). En los supuestos en los que el grupo de control se compone de entidades dicho porcentaje puede ser aceptable, teniendo en cuenta que la relación de asociación a efectos de consolidación contable se establece en el 20 por 100, pero, por el contrario, cuando el grupo de control está compuesto por personas físicas ligadas por vínculos de parentesco, semejante porcentaje de participación constituiría una vía fácil para diluir la participación entre entidades interpuestas.

El mismo reproche de arbitrariedad se aduce en el supuesto de vinculación previsto en el artículo 16.4, es decir, aquel que se construye entre dos sociedades por participar en, al menos, el 25 por 100 en una tercera. Pero, una vez más, a lo sumo se produce la acumulación de participaciones de entidades residentes en territorio español.

Regresamos del mundo de los ejemplos al mundo de la realidad. ¿Es acaso concebible, excepto en vía de casualidad excepcional, que dos entidades que cumplen un supuesto de vinculación de los considerados «débiles», participen en menos del 50 por 100, cada una, en una entidad que obtiene rentas pasivas por encima de la regla *de mínimos*, sumadas sus participaciones igualen o superen el 50 por 100?

Otra crítica vertida en relación al tema que nos ocupa es que la inclusión se puede producir con un nivel muy bajo de participación, por más que la entidad pertenezca a un grupo de entidades vinculadas que tenga una participación acumulada igual o superior al 50 por 100.

Tampoco esta crítica parece aceptable. En efecto, teniendo en cuenta que las entidades sujetas a inclusión deben pertenecer a un grupo de vinculación en los términos del artículo 16, no parece dudoso que la entidad dominante tendría la oportunidad de diluir la participación sobre la entidad no residente de manera tal que pudiera eludir el umbral que pudiera establecerse. Así, un umbral de, por ejemplo, el 5 por 100, podría determinar una composición del grupo como la que sigue:



Un umbral mínimo de participación puede ser razonable cuando el grupo de control se determina en función de la residencia, pero no cuando se determina en función de relaciones de vinculación.

2. Participación indirecta a través de entidades no residentes en el Impuesto sobre Sociedades (apartado 4 del art. 10).

Cuando las entidades residentes en territorio español participan en la entidad no residente que obtiene las rentas positivas susceptibles de inclusión a través de otras entidades no residentes (intermedias), el criterio de determinación del sujeto pasivo que debe incluir la renta positiva en su base imponible no varía: la entidad o entidades pertenecientes al grupo de control que participan indirectamente.

No hay dos criterios, según que la participación sea directa o indirecta a través de entidades no residentes. En ambos casos el sujeto pasivo que debe soportar la inclusión es la entidad residente en territorio español que hubiera percibido el beneficio potencialmente distribuible por la entidad no residente que obtiene las rentas positivas susceptibles de inclusión, a través, y ésta es la especialidad, de sucesivas distribuciones de las entidades no residentes en territorio español intermedias.

La justificación del precepto es obvia. Si fuera necesario que la entidad residente en territorio español participase directamente en la entidad no residente que obtiene las rentas susceptibles de inclusión para estar obligada a dicha inclusión, sería fácil frustrar el objetivo de las normas sobre transparencia fiscal internacional mediante el sencillo expediente de interponer sociedades instrumentales.

Ahora bien, así como en el caso de participaciones directas la inclusión debe producirse en función del porcentaje de participación directo, en el supuesto de participaciones indirectas a través de entidades no residentes la inclusión debe producirse en función del porcentaje de participación indirecta.

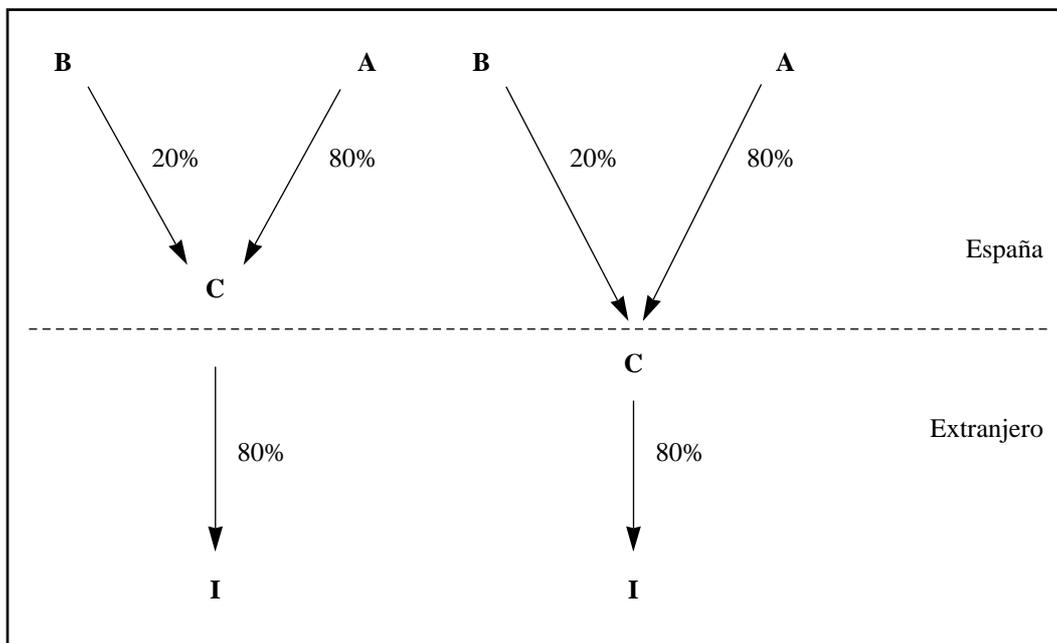
Por tanto, en los supuestos de participaciones de carácter indirecto a través de entidades no residentes en territorio español, hay dos ideas a retener:

- Que el sujeto obligado a la inclusión es la entidad residente en territorio español que participa indirectamente en la entidad no residente que obtiene las rentas positivas susceptibles de inclusión.
- Que el importe de la renta positiva a incluir será el correspondiente a la participación indirecta.

El porcentaje de participación indirecta se determinará, aunque la norma no lo especifique, multiplicando los porcentajes de participación.

Bajo ciertas circunstancias, la determinación de la renta positiva a través de un porcentaje de participación indirecto puede hacer conveniente situar la participación en una entidad no residente en territorio español. Así sucederá en aquellos supuestos en los que el interés económico sobre la

entidad no residente pertenezca a dos grupos cuyas respectivas matrices residan en territorio español, siempre que la participación de uno de ellos sea inferior al 25 por 100. El siguiente ejemplo nos muestra una aplicación práctica:



En el ejemplo propuesto, la «situación de partida» (a la izquierda) determina:

- Que el sujeto pasivo que debe soportar la inclusión sea C.
- Que el importe de la inclusión sea el 80 por 100 de la renta positiva susceptible de inclusión.

Y la «situación posterior» (a la derecha) determina:

- Que el sujeto pasivo que debe soportar la inclusión sea A.
- Que el importe de la inclusión sea el 64 por 100 de la renta positiva susceptible de inclusión (80×80).
- Que el sujeto pasivo B no debe soportar inclusión alguna, porque estando vinculado con C, pero no con A, el porcentaje de participación sobre I no supera el 50 por 100.

No parece lógico que siendo la estructura de participación la misma, el importe de la renta positiva a incluir en la base imponible sea diferente. Enseguida advertimos que, una vez más, estamos ante el «error de salto» provocado por la necesidad de que las entidades que componen el grupo de control estén vinculadas entre sí [art. 10.Uno a)]. Por el contrario, si la exigencia de vinculación no existiera, sino que el núcleo aglutinante del grupo de control fuera la residencia en territorio español, la «situación posterior» determinaría la misma tributación que la «situación anterior», aunque en entidades diferentes: $64 A (80 \times 80) + 16 B (80 \times 20) = 80$.

La conclusión a la que se llega es que la determinación del grupo de control en función de una relación de vinculación, en vez de en función de la característica de residencia en territorio español, determina, en algunos supuestos, una tributación inferior en el supuesto de participaciones de carácter indirecto mantenidas a través de entidades no residentes.

Debe observarse que el dato de la residencia de los accionistas de las entidades obligadas a la inclusión es absolutamente irrelevante. Así, tanto si dichos accionistas son residentes en España como en el extranjero, las entidades comprendidas en el grupo de control residentes en España están obligadas a la inclusión. En el ejemplo precedente, si *A* y *B* fueran residentes en el extranjero, *C* estaría obligada a la inclusión en la «situación de partida». Por el contrario, en la «situación posterior» no existe ningún sujeto pasivo obligado a la inclusión. El corolario que se desprende del análisis precedente es que las entidades residentes en el extranjero que sean matrices de entidades residentes en territorio español que posean carteras de valores que originen para las mismas la obligación de inclusión, tienen un evidente incentivo en desplazar dichas carteras de valores hacia otras entidades, más precisamente, hacia entidades residentes en países que no tengan normas sobre transparencia fiscal internacional. Desde esta perspectiva, las normas sobre transparencia fiscal internacional son un obstáculo para el establecimiento de «entidades holding» que participen en entidades sometidas a un régimen tributario privilegiado que obtengan, básicamente, rentas pasivas. No lo son, por el contrario, respecto de «entidades holding» que participen en entidades que realicen actividades empresariales.

Tal vez por las razones expuestas, los países tradicionalmente considerados como asilo de «entidades holding» -Holanda, Luxemburgo y Suiza- no disponen de normas sobre transparencia fiscal internacional.

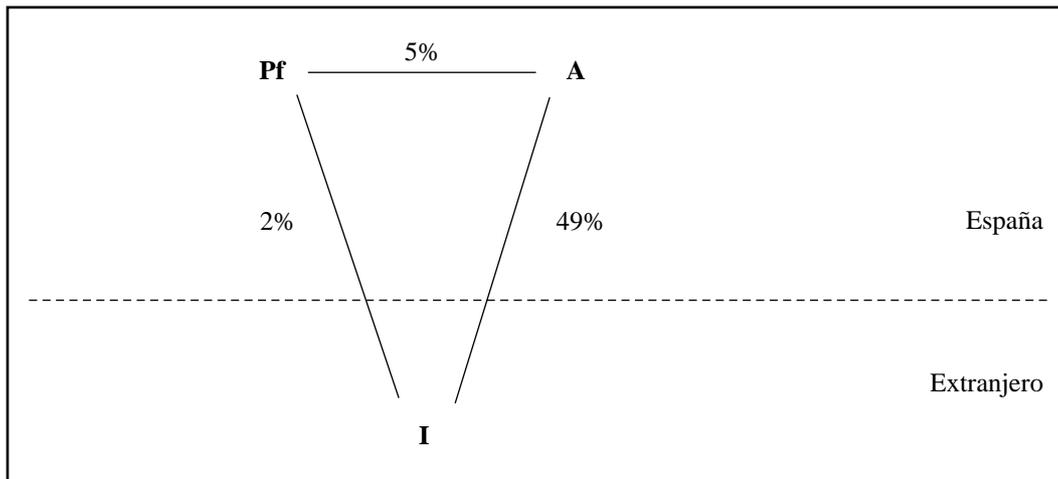
3. Participación directa en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (apartado 4 del art. 2.º).

En este supuesto los sujetos pasivos obligados a la inclusión son las personas físicas residentes en territorio español que, perteneciendo al grupo de control definido en la letra a) del apartado 1 del artículo 2.º, participan directamente en la entidad no residente en territorio español que obtiene rentas susceptibles de inclusión.

La obligación de inclusión se produce cualquiera que sea el porcentaje de participación.

Cuando la persona física participa indirectamente a través de una entidad residente en territorio español no se halla obligada a la inclusión. La obligación se produce en sede de la entidad residente, a condición de que pertenezca al grupo de control. Por lo tanto, las personas físicas que participan en entidades residentes en territorio español, coticen o no en mercados secundarios oficiales, en ningún caso estarán obligadas a la inclusión por razón de las rentas obtenidas por entidades no residentes en territorio español participadas por las mencionadas entidades residentes, a pesar de que sobre las entidades no residentes antes citadas ostentan una participación indirecta.

Podrían darse, sin embargo, algunos supuestos infrecuentes en los que una vinculación de carácter «débil» abriera el paso a la obligación de inclusión aun con un porcentaje de participación verdaderamente exiguo. El ejemplo siguiente nos muestra este caso.



La persona física (*Pf*) y la sociedad (*A*) constituyen un grupo de control en el sentido del artículo 2.º, Uno, a) y, por lo tanto, una y otra resultan obligadas a la inclusión.

El supuesto es, sin duda, de laboratorio, pero una vez más se pone de manifiesto el «error de salto» que se produce porque el grupo de control se determina en función de relaciones de vinculación o de pertenencia a un grupo familiar en vez de por causa de la residencia en territorio español.

4. Participación indirecta a través de entidades no residentes en territorio español en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (apartado Cuatro del art. 2.º).

En este supuesto los sujetos pasivos obligados a la inclusión son las personas físicas residentes en territorio español que, perteneciendo al grupo de control en los términos previstos en la letra a) del apartado 1 del artículo 2.º, participan en la entidad no residente en territorio español a través de otras entidades intermedias no residentes en territorio español.

El importe de la renta positiva será el que corresponda a la participación indirecta.

5. Conclusiones.

Para ser sujeto pasivo obligado a la inclusión es preciso que se cumplan los siguientes requisitos, ya se trate de personas físicas o jurídicas:

- Pertenecer al grupo de control definido en el apartado 1 letra a) de los artículos 2.º y 10.
- Ser residente en territorio español.
- Participar directamente en la entidad que obtiene las rentas positivas susceptibles de inclusión en la base imponible, o bien indirectamente a través de entidades no residentes.

El cumplimiento de los requisitos precedentes determina que el importe de la renta positiva que tributará en España, en sede de los sujetos pasivos obligados a la inclusión, sea correlativa a la renta que hubiera tributado en España en el supuesto de que la entidad no residente distribuya beneficios y lo propio hagan, respecto de esos beneficios, las entidades intermedias no residentes en territorio español. Esto parece lógico porque no sería correcto someter a tributación en España una suma mayor de aquella que, finalmente, puede ser percibida vía dividendo.

No todas las personas o entidades que pertenecen al grupo de control están obligadas a la inclusión. Sólo lo están las que participan directamente en la entidad no residente o indirectamente a través de entidades no residentes intermedias. La razón estriba en que esas entidades residentes en territorio español serían las que, finalmente, estarían obligadas en primer lugar a tributar por el dividendo correspondiente a la renta positiva susceptible de inclusión. También esto parece lógico porque la solución alternativa que consistiría en que la renta positiva se incluyere en sede de la entidad matriz o dominante del grupo de control sería mucho más complicada.

Debe observarse que el perímetro del grupo de control y el perímetro del conjunto de las personas o entidades obligadas a la inclusión no coincide, siendo aquél mayor que éste. Esto da origen a lo que hemos denominado el «error de salto». Para evitarlo sería preciso definir el grupo de control en función del criterio de la residencia en territorio español, de tal modo que en el mismo se incluyesen únicamente las entidades residentes en territorio español, con independencia de que se hallen vinculadas entre sí, tomándose en consideración las participaciones directas e indirectas sobre la entidad no residente que obtiene las rentas positivas susceptibles de inclusión.

El inconveniente de definir el grupo de control en función del criterio de residencia es que, al menos en teoría, los sujetos pasivos residentes en territorio español partícipes de la entidad no residente en territorio español se desconocen, y, por tanto, no están capacitados para conocer que forman parte de un grupo de control.

XVIII. DETERMINACIÓN DEL IMPORTE DE LA RENTA POSITIVA

1. Normas aplicables.

De acuerdo con lo previsto en el apartado Seis de los artículos 2.º y 10, el importe de la renta positiva a incluir en la base imponible se calculará «de acuerdo con los principios y criterios establecidos en la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, y en las restantes disposiciones relativas al Impuesto sobre Sociedades para la determinación de la base imponible».

El precepto parcialmente transcrito es válido tanto para el Impuesto sobre Sociedades como para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aunque, como más adelante veremos, en el último párrafo del apartado Tres del artículo 2.º, se contiene una norma específicamente aplicable a la determinación de la base imponible del impuesto citado en segundo lugar.

La fórmula legal no es clara, porque se refiere a «principios y criterios» y, más adelante, a «las restantes disposiciones». Esta ambigüedad ha generado dos interpretaciones diferentes.

La primera interpretación entiende que la renta positiva se determinará de acuerdo con las normas vigentes en el país o territorio en el que resida la entidad que obtiene la renta positiva susceptible de inclusión. Esta interpretación se apoya en el argumento de que los términos «principios y criterios» deben tener un significado diferente al término «normas», lo que, además, tiene su respaldo en el hecho de que en el proyecto de ley constaba el término «normas».

Esta interpretación no es, a nuestro entender, correcta, porque se puede admitir que «principios y criterios» sea algo distinto de «normas», pero lo que no es admisible es intentar derivar de dicha diferencia la aplicación del Derecho extranjero.

La segunda interpretación sostiene que la renta positiva se determinará de acuerdo con las normas del Impuesto sobre Sociedades que sean concreción de los principios y criterios que informan el conjunto de normas establecidas para la determinación de la base imponible. Así, las normas relativas a requisitos formales para la deducción de gastos (justificación según factura IVA, apuntes en la memoria o asientos en las cuentas del PGC relativas a diferencias entre interpretación contable y fiscal), o a la naturaleza de los destinatarios de ciertas donaciones (Iglesias,...) deberán atemperarse, o incluso inaplicarse, cuando así lo exija la realidad del sistema jurídico en el que está inmersa la entidad no residente que obtiene las rentas positivas susceptibles de inclusión.

No deben magnificarse los problemas. La naturaleza de las rentas susceptibles de inclusión, básicamente intereses, dividendos, cánones arrendaticios y plusvalías, probablemente deja un margen muy estrecho para la divergencia entre las normas españolas y las normas extranjeras. Cuestión diferente es que, una vez determinado el importe de la renta, dicha renta tenga un trato fiscal favorable.

2. Determinación conjunta o separada del importe de la renta positiva.

El apartado Dos de los artículos 2.º y 10 establece que: «Únicamente se incluirá en la base imponible la renta positiva que provenga de cada una de las siguientes fuentes». Por tanto, el importe que se debe determinar es el correspondiente a cada fuente de renta, de tal manera que aquellas que resulten ser positivas deben incluirse en la base imponible. Por el contrario, los importes que resulten negativos no podrán ser objeto de inclusión en la base imponible.

Para cumplir el mandato de imputación de la renta positiva de cada fuente de renta es preciso determinar separadamente el importe de la renta tipificada en cada una de las letras a), b), c) y d) del apartado Dos, lo que obligará a los sujetos pasivos que participan en entidades no residentes que obtengan rentas de los cuatro tipos referidos a efectuar cuatro cálculos, más uno, al objeto de determinar la renta total. Se plantea, evidentemente, un problema de asociación de ingresos y gastos, típico por otra parte en el Impuesto sobre Sociedades (1), pero que, en ocasiones, podrá resultar complejo.

Debemos recordar que el último párrafo del apartado Tres establece un límite de inclusión, a cuyo tenor: «En ningún caso se incluirá una cantidad superior a la renta total de la entidad no residente», de tal modo que siendo cierto que solamente se incluye el importe de la renta positiva de cada fuente de renta, también lo es que los importes de la renta negativa pueden neutralizar los importes de la renta positiva. De aquí la necesidad de calcular el importe de la renta total.

3. Influencia de los impuestos pagados en el extranjero en relación a la determinación de la renta positiva.

En esta materia debemos distinguir según que el sujeto pasivo obligado a la inclusión sea una persona física o una entidad.

(1) Es obligado establecer un cálculo parcial de la base imponible y afrontar los problemas de correlación o asociación de ingresos y gastos, entre otros, en los supuestos de la bonificación para la exportación de libros, películas y medios audiovisuales [art. 25 a) Tercero Ley 61/1978], la bonificación por operaciones en Ceuta y Melilla [art. 25 b) Segundo Ley 61/1978], la formación de la base imponible de las entidades no lucrativas (art. 5.º 2 Ley 61/1978), la formación de la base imponible de las entidades acogidas a la Ley 30/1994, la aplicación de determinados incentivos fiscales de la Ley 19/1994 y la aplicación de la Ley 20/1990.

3.1. *Sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.*

Los impuestos pagados en el extranjero respecto del beneficio correspondiente a la renta positiva objeto de inclusión no deben tener la consideración de partida deducible, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.4 de la Ley 61/1978, puesto que dichos impuestos son deducibles de la cuota de acuerdo con lo previsto en el apartado Ocho del artículo 10 de la Ley 42/1994. Por excepción, cuando los impuestos hayan sido satisfechos en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales, como quiera que, en tal caso, no son fiscalmente deducibles de la cuota, deben tener la consideración de gasto fiscalmente deducible.

En consecuencia, excepción hecha del supuesto de los impuestos pagados en paraísos fiscales, en el importe de la renta positiva debe incluirse aquella parte del impuesto pagado en el extranjero correspondiente a la misma.

Para determinar la parte de impuestos extranjeros correspondiente a la renta positiva habrá de atenderse a la legislación reguladora de dichos impuestos. Los casos que pueden presentarse son muy variados, pero, básicamente, pueden ser reducidos a dos: el impuesto grava por igual a toda la renta y el impuesto discrimina según las fuentes de renta. En el primer caso, bastará un reparto proporcional para determinar la parte del impuesto extranjero correspondiente, en el segundo, será necesario identificar dicha parte en atención a la regla de cálculo que se derive de la legislación aplicable.

3.2. *Sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

El párrafo cuarto del apartado Tres del artículo 2.º establece que el impuesto o impuestos de naturaleza idéntica o similar al Impuesto sobre Sociedades efectivamente satisfecho «no se incluirá en la base imponible».

Por consiguiente, en el importe de la renta positiva no debe incluirse la parte del impuesto pagado en el extranjero correspondiente a la misma, en cuanto que dicho impuesto o impuestos sean de naturaleza idéntica o similar al Impuesto sobre Sociedades. Éstos impuestos son:

- El impuesto sobre los beneficios que satisface la entidad no residente que obtiene la renta susceptible de inclusión.
- Las retenciones sobre ingresos padecidas por la entidad no residente que obtiene la renta susceptible de inclusión.
- Los impuestos sobre los beneficios que han satisfecho las filiales de la entidad no residente en el territorio que obtienen la renta susceptible de inclusión.

La razón de que los impuestos referidos no deban incluirse en la renta positiva es que no son deducibles de la cuota, de acuerdo con lo establecido en el apartado Ocho del artículo 2.º. Y no son deducibles de la cuota porque el artículo 82 de la Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tan sólo permite la deducción de los impuestos a cargo del sujeto pasivo (retenciones sobre dividendos distribuidos), pero no los impuestos a cargo de la entidad que obtiene la renta positiva susceptible de inclusión (impuesto subyacente).

4. Influencia de las pérdidas sufridas por la entidad no residente en la determinación de la renta positiva.

Debemos distinguir dos situaciones diferentes: pérdidas del ejercicio y pérdidas de ejercicios anteriores.

4.1. Pérdidas del ejercicio.

Las pérdidas pueden afectar a una o más de las rentas tipificadas como susceptibles de inclusión en el apartado Dos de los artículos 2.º y 10, o bien a la renta total.

Las rentas tipificadas en el apartado Dos de carácter negativo no son susceptibles de inclusión, puesto que la inclusión se predica respecto de las rentas positivas. Cuestión diferente es que dichas pérdidas contribuyan a la determinación de la renta total.

Si la renta total es negativa, las rentas positivas que pudieran existir de las tipificadas en el apartado Dos de los artículos 2.º y 10 no se incluirán en la base imponible, porque el párrafo tercero del apartado Tercero de los artículos 2.º y 10 así lo establece.

4.2. Pérdidas de ejercicios anteriores.

Teniendo en cuenta que la renta positiva a incluir en la base imponible se determina de acuerdo con lo previsto en la Ley 61/1978, y que el artículo 18 de la misma prevé la compensación de bases imponibles negativas, las pérdidas de ejercicios anteriores sufridas por la entidad no residente que obtiene las rentas positivas susceptibles de inclusión en la base imponible pueden ser compensables.

Las pérdidas han podido afectar a una o más de las rentas tipificadas como susceptibles de inclusión en el apartado Dos de los artículos 2.º y 10, o bien a la renta total.

En el primer caso, es decir, pérdidas relativas a una o más rentas tipificadas como susceptibles de inclusión que no determinan una renta negativa total, no existen pérdidas susceptibles de compensación, puesto que la renta total es cero o positiva y en el Impuesto sobre Sociedades las pérdidas compensables son las correspondientes a la renta total.

Cuando la renta total ha sido negativa, a su vez, puede suceder que la pérdida proceda de una o más rentas tipificadas como susceptibles de inclusión, de las rentas no tipificadas como susceptibles de inclusión o de unas y otras. En este supuesto se plantea un problema de asignación de la renta total negativa entre las diferentes fuentes de renta.

Ante la ausencia de una regla legalmente establecida, la solución más congruente con los principios que informan la cuantificación de la renta positiva susceptible de inclusión consiste en asignar la pérdida entre las distintas clases de rentas en función de la medida en que dichas clases de rentas contribuyeron a la determinación de la pérdida.

Se trata de la misma regla que, por vía de consulta administrativa, ha sido establecida en relación a las bases impositivas negativas determinadas en los grupos de sociedades que tributan en régimen de declaración consolidada.

Pudiera acontecer que, por aplicación de la regla de asignación descrita, la pérdida asignada excediera del importe de la renta positiva respecto de la cual procede la asignación. En tal caso, el exceso o excesos resultantes parece lógico que puedan ser aplicados, hasta el límite de la renta positiva total, a las rentas de otras fuentes.

En suma, si parece indudable que la compensación de pérdidas ha de ser tomada en consideración para determinar la renta positiva a incluir en la base imponible, también lo es que la norma legal no establece las reglas por las que ha de regirse dicha compensación. Esta deficiencia legal puede ser colmada mediante unas reglas cuyo fundamento lógico parece claro pero que carecen del deseable respaldo jurídico-positivo.

5. Renta positiva procedente de plusvalías.

La letra d) del apartado Dos de los artículos 2.º y 10 califica como renta positiva susceptible de inclusión a la derivada de la «transmisión de los bienes y derechos referidos en las letras a) y b) que genere incrementos y disminuciones de patrimonio».

Por tanto, para calcular el importe de la renta positiva tipificada en la letra d) deberán aplicarse las normas sobre incrementos y disminuciones de patrimonio establecidas en el artículo 15 de la Ley 61/1978, tanto a los incrementos como a las disminuciones de patrimonio, que podrán compensarse entre sí.

Ha sido objeto de crítica la posibilidad de someter a inclusión en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades plusvalías meramente monetarias, habida cuenta que en dicho impuesto no existen normas correctoras de las plusvalías monetarias, de modo que una inversión, por ejemplo en valores mobiliarios o inmuebles, realizada en la moneda de un país o territorio sometido a altas tasas de inflación, podría determinar con ocasión de su liquidación rentas positivas susceptibles de inclusión absolutamente ficticias.

Esta crítica no toma en consideración que la inflación del país en el que se realizan las inversiones deteriorará el tipo de cambio relativo con la peseta, determinándose así una diferencia de cambio negativa que, con tal carácter, influirá en la determinación de la base imponible por el Impuesto sobre Sociedades.

6. Concepto bajo el cual se produce la inclusión en la base imponible.

6.1. En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El último párrafo del apartado Tres del artículo 2.º establece que las rentas positivas se incluyen en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas «como un componente más de las rentas previstas en el artículo 61 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». El artículo 61 de la Ley 18/1991 establece que: «Los rendimientos regulares y las bases imponibles positivas a que se refiere el artículo 52 se integrarán y compensarán entre sí sin limitación alguna».

En consecuencia, la renta positiva a incluir en la base imponible se sumará con los rendimientos regulares y las bases imponibles imputadas en el régimen de transparencia fiscal.

La norma parcialmente transcrita no califica a la renta positiva a incluir en la base imponible. Simplemente, a efectos liquidatorios, la asimila a los rendimientos regulares y a las bases imponibles imputadas en régimen de transparencia fiscal.

La calificación hubiera requerido un pronunciamiento expreso que subsumiera la renta positiva bajo alguno de los componentes de la renta previstos en el apartado Cuatro del artículo 5.º. No ha sido así y, por consiguiente, podemos concluir que no existe una calificación legal de la renta positiva que debe incluirse en la base imponible.

Mas siendo indudable que el importe de dicha renta positiva debe incluirse en la base imponible, y que la base imponible es la dimensión cuantitativa del hecho imponible, debemos entender que la concurrencia de las circunstancias determinantes de la obligación de inclusión implican la obtención de renta, y, por tanto, la realización del hecho imponible.

En este sentido puede afirmarse que el artículo 2.º de la Ley 42/1994 ha creado un nuevo componente de la renta en cuanto hecho imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: renta positiva obtenida por entidades no residentes en territorio español, que cumplen determinados requisitos.

6.2. En el Impuesto sobre Sociedades.

En el Impuesto sobre Sociedades no hallamos una norma similar a la anteriormente expuesta en relación al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Sin duda esto se debe a que en aquel impuesto no se precisa distinguir entre rentas regulares e irregulares a efectos liquidatorios.

La renta positiva que debe incluirse en la base imponible se sumará a las restantes rentas obtenidas por el sujeto pasivo, cualquiera que sea su naturaleza u origen. Así, es posible que la renta positiva se compense con pérdidas de otras fuentes de renta.

Al igual que hemos expuesto en relación al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, podemos afirmar, respecto del Impuesto sobre Sociedades, que el artículo 10 de la Ley 42/1994 ha creado un nuevo componente de la renta en cuanto hecho imponible del Impuesto sobre Sociedades.

7. Período impositivo en el que debe producirse la inclusión.

El apartado Cinco de los artículos 2.º y 10 establece dos normas para determinar el período impositivo en el que debe producirse la inclusión:

- Período impositivo que comprenda el día del cierre del ejercicio social de la entidad no residente participada.
- Período impositivo que comprenda el día en que se aprueben las cuentas correspondientes a dicho ejercicio.

El sujeto pasivo puede elegir uno u otro criterio de determinación del período impositivo en el que debe producirse la inclusión, pero la elección le vincula durante un período de tres años.

La elección debe manifestarse en la primera declaración del impuesto en que haya de surtir efecto.

En relación a la regla señalada en primer lugar, debe observarse que el ejercicio social no podrá entenderse de duración superior a doce meses, mandato este que tiene su antecedente en la norma más general establecida en el artículo 21.1 de la Ley 61/1978, a cuyo tenor el período impositivo no excederá de doce meses.

Hay en la norma referida un temor a la existencia de ejercicios sociales tan dilatados que pudieran, en ausencia de una cautela como la descrita, permitir aguar los efectos previstos y queridos por la norma.

En relación a la regla señalada en segundo lugar, debe observarse que las cuentas deben aprobarse dentro de los seis meses siguientes a la conclusión del ejercicio social. Probablemente esta regla sea redundante, toda vez que el ejercicio social se entiende que no puede tener una duración superior a doce meses.

El segundo criterio de determinación del período impositivo en el que debe producirse la inclusión permite, en relación al primero, diferir la tributación un año, lo cual se justifica en que el plazo de declaración por el Impuesto sobre Sociedades del sujeto pasivo obligado a la inclusión puede, en algunos casos, terminar antes de la aprobación de las cuentas de la entidad no residente participada.

Puede observarse que la norma de determinación del período impositivo en el que debe producirse la inclusión es bastante similar a la prevista en el artículo 14.Tres del Real Decreto 1841/1991, en relación a la transparencia fiscal interna.

La opción por uno u otro criterio de imputación debe realizarla el sujeto pasivo obligado a la inclusión. A nuestro entender es legalmente posible que cada sujeto pasivo obligado a la inclusión elija el criterio que estime conveniente, sin que estén obligados a seguir todos el mismo criterio.

8. Conversión del importe de la renta positiva a pesetas.

La entidad no residente que obtiene la renta positiva a incluir en la base imponible estará, por lo común, sujeta al deber de llevar contabilidad, de acuerdo con lo previsto en la legislación del país o territorio en el que resida. Por tanto, la cifra del resultado contable, de la que habrá de deducirse el importe de la renta positiva a incluir en la base imponible, estará expresada en la moneda de dicho país o territorio. Es necesario, por consiguiente, convertir el importe de la renta positiva a pesetas, a cuyo efecto debe utilizarse «... el tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio social de la entidad no residente en territorio español».

El sujeto pasivo obligado a la inclusión de la renta positiva no está obligado a llevar una contabilidad específica para determinar el importe de la renta positiva, ni tampoco la entidad no residente que obtiene dicha renta soporta tal obligación.

El sujeto pasivo obligado a la inclusión debe, a partir de los estados contables de la entidad no residente, determinar, en primer lugar, el importe de la renta positiva en la moneda en que se expresan dichos estados contables y, en segundo lugar, convertir dicho importe a pesetas.

Debe observarse que el tipo de cambio a utilizar es el del cierre del ejercicio social, cualquiera que sea la elección que el sujeto pasivo haya efectuado respecto del criterio de determinación del período impositivo en el cual debe efectuarse la inclusión.

La conversión del importe de la renta positiva a pesetas implica que las diferencias de cambio, positivas o negativas, correspondientes al importe de la renta positiva se incorporan a la base imponible del sujeto pasivo obligado a la inclusión. Por el contrario, las diferencias de cambio correspondientes a la adquisición de la participación en la entidad no residente se integrarán en la base imponible de acuerdo con las normas generales (art. 22 Ley 61/1978 y art. 18 Ley 5/1983).

XIX. DIVIDENDOS DISTRIBUIDOS POR LA ENTIDAD NO RESIDENTE

Puesto que los dividendos distribuidos por la entidad no residente proceden de los resultados contables de los que, a su vez, procede la renta positiva que ha sido previamente incluida en la base imponible de los sujetos obligados a dicha inclusión, es obvio que existiría una doble imposición palmaria si tales dividendos se integrasen plenamente en la base imponible.

1. Caso general: dividendos percibidos directamente de la entidad no residente.

El apartado Siete de los artículos 2.º y 10 de la Ley 42/1994 establece la no integración en la base imponible de «los dividendos o participaciones en beneficios en la parte que corresponda a la renta positiva que haya sido incluida en la base imponible».

Para dar cumplimiento a este mandato el sujeto pasivo debe establecer una correspondencia entre el importe de la renta positiva susceptible de inclusión y el importe del dividendo.

Puede observarse que la correspondencia tiene dos dimensiones: cualitativa y temporal.

La correspondencia cualitativa puede alcanzar diferentes grados de complejidad, según que la entidad no residente obtenga solamente rentas positivas susceptibles de inclusión o rentas mixtas, esto es, susceptibles y no susceptibles de inclusión.

En el primer caso el proceso lógico es establecer, primero, una correspondencia entre la renta positiva incluida y el resultado, y después una correspondencia entre el dividendo y el resultado, de manera que a través de ambas correspondencias se determinará el importe del dividendo asociado a la renta positiva incluida.

En el segundo caso, la primera correspondencia relacionará a la renta positiva incluida con una parte del resultado, y la segunda al dividendo con dicha parte del resultado.

Las innegables dificultades que existen para establecer dichas correspondencias podrían haber sido superadas mediante una norma que presumiera la existencia de una relación preferente entre la renta positiva y el dividendo de modo que éste quedara excluido de la base imponible hasta el importe de la renta positiva incluida.

Esta relación preferente envuelve, tal vez, una simplificación excesiva, pero considerando la complejidad del entramado normativo de la transparencia fiscal internacional no es, probablemente, una opción desdeñable.

Conviene, sin embargo, no magnificar las dificultades descritas porque, considerando el tipo de rentas afectadas (apartado 2) y la muy amplia regla *de minimis* (apartado 3), realmente las entidades no residentes afectadas, por regla general, tienen escasa vocación de distribuir beneficios, aunque es posible que las normas sobre transparencia fiscal internacional pudieran determinar una política proclive a dicha distribución.

La correspondencia temporal debe ser concretada cuando se distribuyen dividendos con cargo a reservas. En este caso el párrafo segundo del apartado Siete establece una regla basada en dos criterios:

- La reserva designada en el acuerdo social.
- La aplicación de las últimas cantidades abonadas a la reserva designada en el acuerdo social.

El primer criterio zanja el problema de la correspondencia temporal cuando la reserva se hubiera surtido en su totalidad con rentas positivas no incluidas en la base imponible: los dividendos deberán integrarse en la base imponible. En los restantes supuestos habrá de utilizarse el segundo criterio, el cual servirá para identificar el resultado del ejercicio o ejercicios que se está distribuyendo, de tal manera que pueda, seguidamente, establecerse la correspondencia cualitativa en los términos anteriormente expuestos.

2. Caso particular: dividendos percibidos a través de otras entidades no residentes.

Cuando la persona o entidad residente en territorio español que está obligada a la inclusión participe indirectamente en la entidad no residente, el dividendo correspondiente a la renta positiva incluida en la base imponible le llegará a través de sucesivas distribuciones. Con independencia de la dificultad que exista para establecer una correspondencia entre el dividendo y la renta positiva incluida en la base imponible, no parece dudoso que dicho dividendo tampoco debe integrarse en la base imponible.

La literalidad del precepto no da paso a la duda: los dividendos correspondientes a la renta positiva no se incluyen en la base imponible. Y no cabe distinguir, porque la norma no distingue, el *iter* que han seguido dichos dividendos hasta ser percibidos por las personas o entidades residentes. Pero también el espíritu de la norma cierra el paso a la interpretación según la cual tan sólo el dividendo percibido directamente de la entidad no residente generadora de la renta susceptible de inclusión era el contemplado en el apartado Siete de los artículos 2.º y 10 de la Ley 42/1994, pues es claro que, tanto el tratamiento de los dividendos (apartado Siete), como el del valor de titularidad (apartado Nueve), y como, finalmente, el de los impuestos pagados en el extranjero (apartado Diez), constituyen un conjunto armónico de preceptos destinados a evitar la doble imposición.

Esta feliz coincidencia entre el espíritu y la letra de la norma no fue, sin embargo, captada por los sujetos pasivos potencialmente afectados, de manera que, para evitar las dudas que alimentaban, una enmienda en el Senado, introdujo un párrafo en el apartado Siete: «Una misma renta positiva solamente podrá ser objeto de inclusión, por una sola vez, cualquiera que sea la forma y la entidad en que se manifieste».

Una vez más, nos hallamos ante una enmienda tal vez no estrictamente necesaria, pero que cumplió un papel no desdeñable desde la perspectiva de la aceptación social de la norma.

El párrafo transcrito constituye, realmente, la explicitación del fundamento del párrafo primero del apartado Siete, de modo que, tal vez con técnica legislativa mejorable, encontramos en el mismo precepto el principio en que se fundamenta y su concreción positiva. Desde esta perspectiva el orden de prelación de los párrafos está invertido, pues el principio debe preceder a sus consecuencias concretas, de la misma manera que la demostración debe preceder al corolario.

3. Rentas positivas manifestadas en varias entidades.

La renta positiva incluida en la base imponible puede ser distribuida a otra u otras entidades que, igualmente, generan rentas positivas susceptibles de inclusión en la base imponible. Pues bien, tales dividendos no formarán parte de la renta positiva susceptible de inclusión.

De modo que no solamente el dividendo percibido indirectamente no se integra en la base imponible, de acuerdo con lo que expusimos en el apartado anterior, sino que el dividendo correspondiente a una renta positiva incluida en la base imponible no puede formar parte de otra renta positiva susceptible de inclusión.

Ambas afirmaciones hallan su fundamento en el primer párrafo del apartado Siete de los artículos 2.º y 10 de la Ley 42/1994, cuyo mandato es, como hemos apuntado anteriormente, una especie de concreción de la declaración más general contenida en el párrafo tercero de dicho apartado.

Ningún dividendo o participación en beneficios que corresponda a una renta positiva incluida en la base imponible puede ser integrado en la base imponible. Pues bien, dicha prohibición afecta tanto a los dividendos percibidos por entidades residentes en territorio español como a dividendos percibidos por entidades no residentes en territorio español controladas por entidades residentes en territorio español y que obtengan rentas positivas susceptibles de inclusión en la base imponible.

4. Dividendos percibidos por personas o entidades distintas de las obligadas a la inclusión.

El dividendo correspondiente a la renta positiva incluida en la base imponible puede ser percibido por una persona diferente de la que, en su momento, incluyó dicha renta positiva en la base imponible. Esto no es obstáculo para la no integración de dicho dividendo en la base imponible. En efecto, el apartado Siete de los artículos 2.º y 10 de la Ley 42/1994 no condiciona la no integración del dividendo en la base imponible a que dicho dividendo sea percibido por la misma persona o entidad que resultó obligada a la inclusión.

Puede observarse que se reproduce el mismo esquema de la transparencia fiscal interna.

5. Problemas derivados de la diferencia de cambio.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado Seis de los artículos 2.º y 10 de la Ley 42/1994, para incluir la renta positiva en la base imponible debe utilizarse el tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio social de la entidad no residente en territorio español.

El dividendo correspondiente a la renta positiva se habrá registrado en los libros de contabilidad de la entidad perceptora o abonado en las cuentas de la persona física perceptora a un determinado tipo de cambio, que no tiene por qué ser coincidente con el utilizado para incluir la renta positiva en la base imponible.

La ley guarda silencio respecto del tratamiento que deba darse a la referida diferencia. A nuestro entender caben dos soluciones:

- El dividendo, traducido a pesetas del momento en que se distribuye, no se integra en la base imponible, de modo que las diferencias, tanto positivas como negativas, de cambio no tienen eficacia alguna en ese momento, aunque sí en el momento de transmisión de la participación a través del valor de titularidad.
- El dividendo que no se integra en la base imponible se determina aplicando el mismo tipo de cambio utilizado a los efectos de la inclusión de la renta positiva en la base imponible, de modo que la diferencia de cambio existente se integrará, con carácter positivo o negativo, en la base imponible en el momento de la percepción del dividendo.

A nuestro entender es la segunda solución la que más se ajusta al espíritu de las normas. En efecto, la transparencia fiscal internacional implica un «levantamiento del velo de la personalidad jurídica», de tal suerte que las rentas (pasivas) obtenidas por la entidad no residente en territorio español se entienden directamente obtenidas por las personas o entidades residentes en territorio español que la controlan. La inclusión de la renta positiva en la base imponible es la consecuencia tributaria de dicho «levantamiento del velo de la personalidad», de modo que las rentas obtenidas por la entidad no residente tributan en sede de las personas o entidades residentes en territorio español. Ahora bien, los elementos patrimoniales en los que se materializa dicha renta (cuentas bancarias, obligaciones y activos en general) están denominados en la moneda del país en el que está constituida la entidad no residente y, por lo tanto, la persona o entidad residente en territorio español que tiene la propiedad indirecta de los mismos a través de su participación en la entidad no residente, puede obtener diferencias de cambio, positivas o negativas, en relación a los mismos que deban ser objeto de tributación.

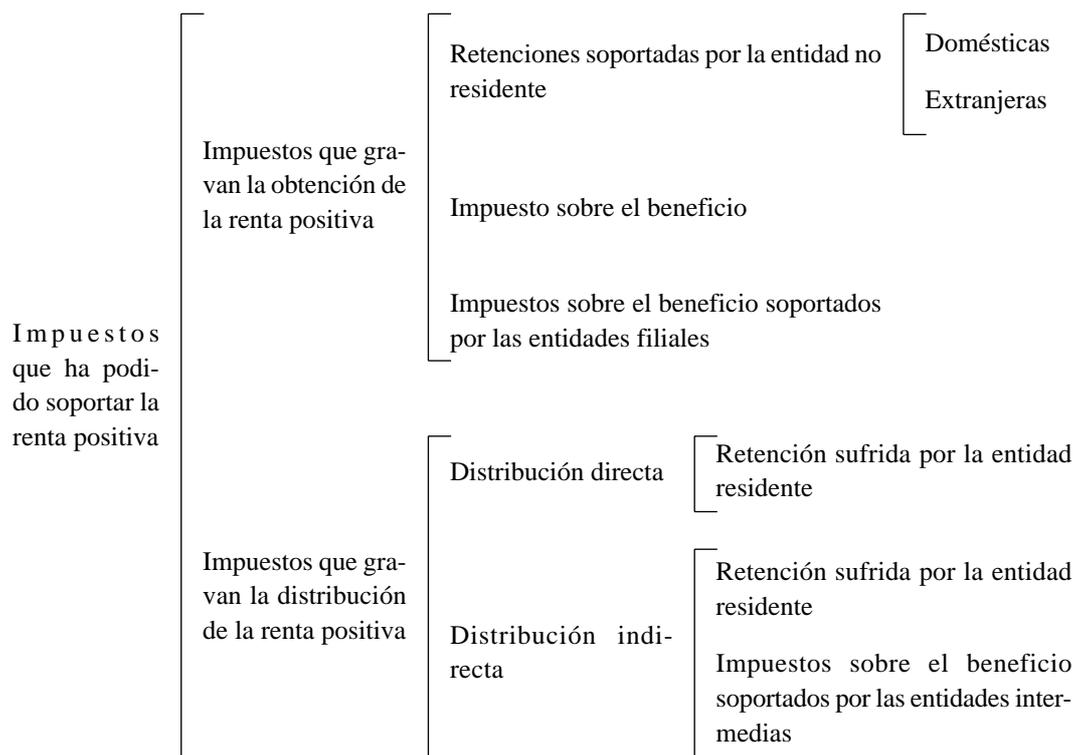
El esquema de tributación sería el mismo que el correspondiente a los dividendos de una cartera de valores que es propiedad directa de una persona o entidad residente en territorio español cuyo importe se coloca en depósitos bancarios extranjeros: el dividendo tributa al tipo de cambio del momento en que se distribuye y del depósito bancario extranjero pueden derivarse diferencias de cambio, positivas o negativas.

XX. DEDUCCIÓN DE IMPUESTOS SATISFECHOS EN EL EXTRANJERO

1. Descripción de los impuestos que potencialmente puedan gravar la renta positiva.

Las normas sobre transparencia fiscal internacional, según la doctrina de la OCDE, deben concebirse de manera tal que no generen doble imposición.

Desde una perspectiva teórica la renta positiva incluida en la base imponible ha podido soportar los impuestos que se reflejan en el siguiente esquema:



Como seguidamente hemos de ver, el apartado Ocho del artículo 10 de la Ley 42/1994 se refiere a todos los impuestos que, en teoría, pueden gravitar sobre la renta positiva incluida en la base imponible. Por el contrario, el mismo apartado del artículo 2.º establece una regulación más restrictiva. De esta manera, los impuestos extranjeros que pueden ser deducidos por los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades son más que aquellos que pueden serlo por los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La causa estriba en la diferente regulación que de la deducción por doble imposición internacional se establece en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

2. Impuestos que gravan la obtención de la renta positiva.

2.1. Sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

La letra a) del apartado Ocho del artículo 10 de la Ley 42/1994 considera deducibles de la cuota íntegra a «los impuestos o gravámenes de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades, efectivamente satisfechos, en la parte que corresponda a la renta positiva incluida en la

base imponible», y añade que entre tales impuestos quedan comprendidos «los pagados por las sociedades participadas siempre que sobre éstas tenga aquella (la entidad no residente cuyas rentas son objeto de inclusión) el porcentaje de participación establecido en el tercer párrafo del artículo 24.5 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades».

Del texto legal se desprende, inmediata y directamente, que tienen la consideración de impuestos pagados en el extranjero aquellos que han recaído sobre el beneficio de la entidad no residente cuyas rentas están sujetas a inclusión y también los pagados por las sociedades filiales de la misma (en los términos previstos en el art. 24.5 de la Ley 61/1978). Pero también cabe inferir del texto legal que las retenciones sobre los ingresos de la entidad no residente cuyas rentas están sujetas a inclusión, tanto de naturaleza doméstica como extranjera, deben tener igualmente la consideración de impuestos pagados en el extranjero, y ello porque, en definitiva, dichas retenciones al recaer sobre los ingresos (intereses, cánones, dividendos, ...) están gravando la renta a cuya formación contribuyen. Que esto es así se demuestra, además, por el hecho de que las referidas retenciones ordinariamente son a cuenta del impuesto que propiamente recae sobre los beneficios.

Por consiguiente en la letra a) del apartado Ocho están comprendidos los siguientes impuestos:

- Impuesto sobre los beneficios a cargo de la entidad no residente que obtiene la renta positiva a incluir en la base imponible.
- Impuesto sobre los beneficios a cargo de las entidades filiales de la entidad no residente que obtiene la renta positiva a incluir en la base imponible.
- Retenciones domésticas.
- Retenciones extranjeras (*vitholdings*).

2.1.1. Impuesto sobre los beneficios.

El impuesto sobre los beneficios debe reunir tres características:

- Ser de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades.
- Haber sido efectivamente satisfecho.
- Corresponder a la renta positiva incluida en la base imponible.

Las dos primeras características son comunes con la deducción por doble imposición económica de dividendos prevista en el apartado 5 del artículo 24 de la Ley 61/1978.

La segunda característica ha sido criticada, en ocasiones, porque implica una pérdida de los beneficios fiscales legítimamente ganados en el país o territorio en el que reside la entidad que obtiene las rentas positivas susceptibles de inclusión. En este sentido se ha postulado la deducción de la cuota resultante de la aplicación del tipo de gravamen, porque, de otra manera, se produciría una suerte de apropiación por parte de la Hacienda española de los referidos beneficios fiscales.

No parece muy consistente la posición mencionada. Su efecto económico es claro: potenciar la fuerza deslocalizadora de los incentivos fiscales, de una parte, y, de otra, el total aguamiento de las normas sobre transparencia fiscal internacional. Por tanto, si los principios en los que se asientan las mismas son correctos, y entendemos que lo son, la deducción de los impuestos teóricamente devengados pero no pagados es absolutamente improcedente.

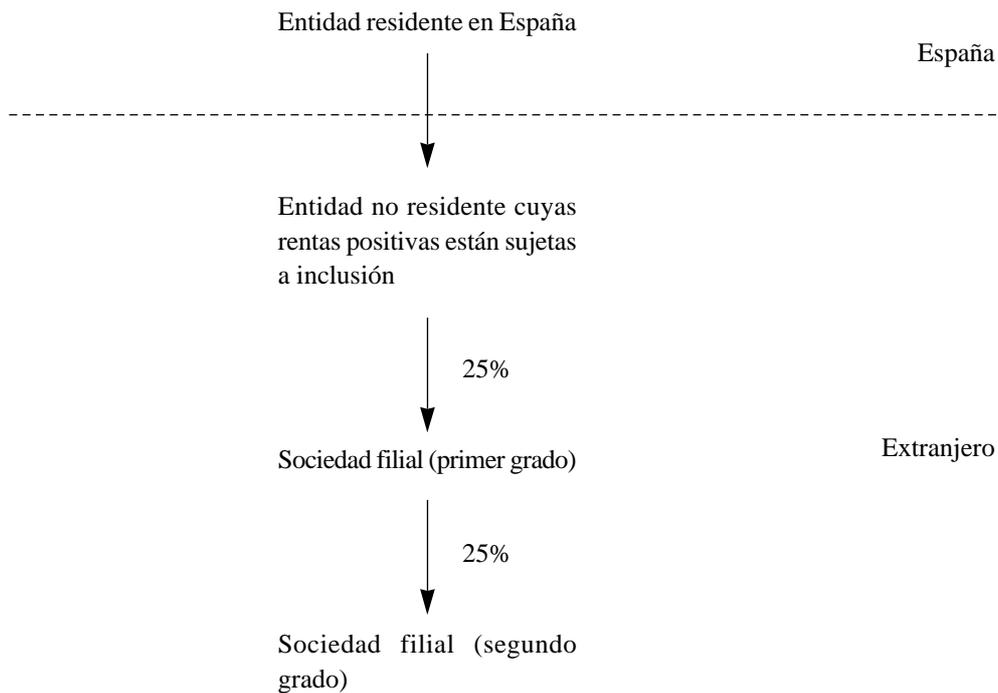
2.1.2. Impuestos sobre los beneficios de las filiales.

En algunos países, como Holanda o Bélgica, los dividendos percibidos de fuente extranjera están exentos (*exemption-participation regime*). No estamos ante un incentivo fiscal sino ante un método para evitar la doble imposición. En este supuesto la entidad que obtiene las rentas susceptibles de inclusión no ha satisfecho impuesto alguno, y, sin embargo, dichas rentas hubieran podido ser gravadas en sede de las entidades que obtuvieron el beneficio del que procede el dividendo. Pues bien, estos impuestos son deducibles en las condiciones previstas en el párrafo segundo de la letra a) del apartado Ocho del artículo 10.

El referido párrafo considera como impuestos efectivamente satisfechos los pagados tanto por la entidad no residente «como por sus sociedades participadas, siempre que sobre éstas tenga aquélla el porcentaje de participación establecido en el tercer párrafo del artículo 24.5 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades». El porcentaje de participación establecido en el artículo 24.5 es el 25 por 100.

Aun cuando el texto legal no es muy claro en este punto, entendemos que la remisión al artículo 24.5 significa que serán considerados como impuestos pagados en el extranjero los pagados por las sociedades directamente participadas por la sociedad que distribuye el dividendo y por las que, a su vez, están directamente participadas por aquéllas.

Proponemos el siguiente esquema:



En consecuencia la entidad residente en España podrá deducir todos aquellos impuestos pagados en el extranjero que hubiera podido deducir, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.5 de la Ley 61/1978, en caso de percibir un dividendo con cargo a beneficios de cualquiera de las entidades que figuran en el esquema anterior.

2.1.3. Retenciones domésticas.

Entendemos por retenciones domésticas las que sufran los ingresos obtenidos por la entidad no residente. Dichas retenciones son, por lo general, a cuenta del impuesto que recae sobre los beneficios. Por tanto deben tener la consideración de impuesto que grava los beneficios.

También creemos que procede esta calificación aun en el caso de que la retención no sea a cuenta de un impuesto sobre los beneficios y se trate, por tanto, de un impuesto definitivo o liberatorio, porque, en definitiva, el ingreso gravado mediante retención ha contribuido a la formación de la renta positiva susceptible de inclusión.

2.1.4. Retenciones sufridas en el extranjero.

La entidad no residente ha podido obtener las rentas positivas susceptibles de inclusión en la base imponible de inversiones realizadas en países o territorios diferentes de aquel en el que reside. En tal caso ha podido soportar retenciones sobre los ingresos obtenidos en los citados países o territorios.

Estos impuestos recaen sobre los beneficios en cuanto que gravan los ingresos para la obtención de los mismos. Por tanto, están comprendidos en la letra a) del apartado Ocho.

Téngase en cuenta que el artículo 24.4 a) de la Ley 61/1978 considera que las retenciones sufridas en el extranjero (*vitholding*) son impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades.

Una cuestión que la norma no aborda, pero que reviste un cierto interés, es la relativa a la eficacia de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición respecto de los impuestos de retención (*vitholding*) sufridos por la entidad no residente en el extranjero.

Puede suceder que España tenga con el país o territorio origen de los ingresos obtenidos por la entidad no residente un convenio bilateral que establezca unos límites de imposición, de tal modo que la retención practicada, al serlo en relación a una entidad residente en un país o territorio con el que no existe convenio, ha superado dichos límites.

Las consecuencias últimas de la teoría del «levantamiento del velo de la personalidad» llevarían a entender no deducible el exceso de la retención habida sobre la retención que hubiera debido haber caso de afluir el ingreso directamente a la entidad residente en España. De esta cuestión nos volveremos a ocupar al examinar la doctrina de la OCDE en relación a los impuestos pagados en el extranjero sobre las rentas susceptibles de inclusión.

2.2. *Sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

Si comparamos el apartado Ocho del artículo 2.º con el mismo apartado del artículo 10, nos damos cuenta de que cuando la persona obligada a la inclusión tributa por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, sólo son deducibles los impuestos que gravan la distribución del beneficio del que procede la renta positiva.

La causa de esta restricción estriba en que en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, a diferencia del Impuesto sobre Sociedades, no se contienen normas para evitar la doble imposición económica internacional, sino tan sólo normas en relación a la doble imposición jurídica internacional (art. 82 Ley 18/1991).

Parece lógico que no se otorgue a la renta positiva incluida en la base imponible una deducción de la que no disfrutaría el dividendo distribuido con cargo a la misma.

Por tanto, los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no podrán deducir los impuestos que gravan la obtención de la renta positiva, es decir, los que recaen sobre el beneficio obtenido por la entidad no residente en el que se comprende la renta positiva incluida en la base imponible.

3. Impuestos que gravan la distribución de la renta positiva.

3.1. Distribución directa.

Cuando el dividendo correspondiente a la renta positiva incluida en la base imponible afluye directamente a las personas o entidades residentes en territorio español, el apartado Ocho del artículo 2.º y la letra b) del mismo apartado del artículo 10 prevén que sea deducible «el impuesto o gravamen efectivamente satisfecho en el extranjero por razón de la distribución de los dividendos o participaciones en beneficios...».

Esta norma evita la doble imposición jurídica internacional en relación al dividendo correspondiente a la renta positiva incluida en la base imponible, y, por tanto, es lógico que se predique, en igualdad de condiciones, respecto de los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre Sociedades.

Estos impuestos o gravámenes deben reunir tres características para ser deducibles:

- El hecho generador es la distribución del dividendo o de la participación en beneficios.
- Haber sido efectivamente satisfechos.
- Corresponder a la renta positiva incluida en la base imponible.

Puede observarse que no se exige que el impuesto o gravamen satisfecho con ocasión de la distribución sea de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades, lo que sí se exige para las distribuciones de dividendos en el régimen general del citado impuesto (art. 24.4 Ley 61/1978), o que sea de carácter personal como así se exige respecto de las distribuciones de dividendos en el régimen general del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 82 Ley 18/1991).

En realidad un impuesto que grava la distribución de dividendos, en cuanto recae sobre una renta gravada en uno u otro impuesto según la naturaleza del perceptor, se fundamenta en el hecho de la afluencia de la renta a un perceptor y, por tanto, siempre revestirá una similitud o analogía con los impuestos de carácter personal -Impuesto sobre Sociedades e Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas- que gravan las rentas obtenidas por dicho perceptor.

3.2. Distribución indirecta.

Cuando la participación se tiene a través de una o varias entidades no residentes en territorio español, el diviendo correspondiente a la renta positiva ha formado parte del beneficio de dichas entidades y, por tanto, ha podido sufrir algún impuesto o gravamen sobre la obtención y distribución de beneficios. Lo más probable, sin embargo, es que estas cadenas de entidades intermedias no generen una imposición apreciable, porque, en otro caso, los sujetos pasivos habrían decidido, salvo casos excepcionales, su extinción.

Sea como fuere, la total carga tributaria acumulada por razón de la existencia de la cadena de entidades intermedias es susceptible de deducción. La composición y cuantía de la carga tributaria dependerá de los sistemas de eliminación de la doble imposición económica internacional que afecten a las entidades intermedias. Si los sistemas referidos son de imputación, tanto de las retenciones sobre la distribución del beneficio como de los impuestos sobre el beneficio, la total carga tributaria coincidirá con la retención o impuesto sobre el beneficio más alto.

Las posibilidades son muy variadas, pero la amplia redacción de la norma no deja lugar a dudas en cuanto a los impuestos comprendidos en la misma.

Debe observarse que la norma relativa a las participaciones indirectas solamente se contiene en el apartado Ocho del artículo 10, es decir, en relación a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades. Por tanto, los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no tienen derecho a la deducción de los impuestos satisfechos por las entidades intermedias, excepto la retención sufrida con ocasión de la distribución de beneficios realizada por la última entidad intermedia, porque, en tal caso, estamos ante un «impuesto o gravamen efectivamente satisfecho en el extranjero por razón de la distribución de los dividendos o participaciones en beneficios» (apartado Ocho del art. 2.º).

La justificación de la diferencia de tratamiento entre personas físicas y jurídicas una vez más hemos de hallarla en la ausencia de la deducción por doble imposición económica internacional en la Ley 18/1991.

4. Momento en que debe practicarse la deducción.

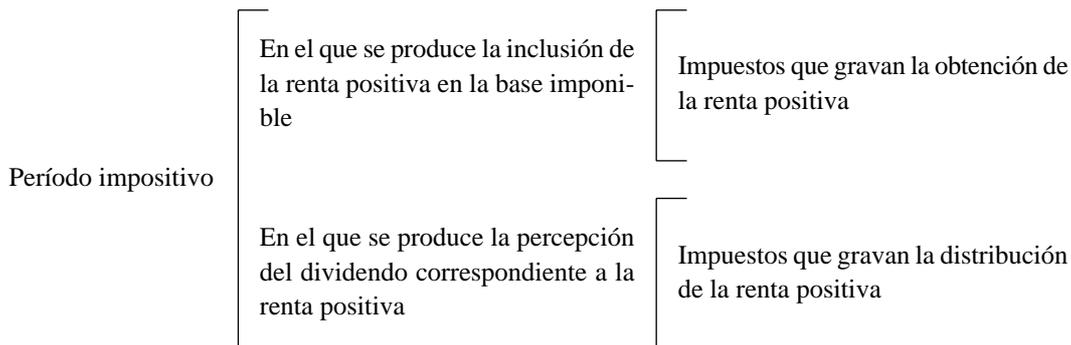
4.1. Impuestos que gravan la obtención de la renta positiva.

Estos impuestos deben deducirse en el período impositivo en el que se hubiere producido la inclusión de la renta positiva en la base imponible.

4.2. Impuestos que gravan la distribución de la renta positiva.

Estos impuestos deben deducirse en el período impositivo en el que se percibe el dividendo correspondiente a la renta positiva incluida previamente en la base imponible. En consecuencia, los impuestos satisfechos por las entidades intermedias no serán deducibles en el período impositivo en que se pagaron a menos que en ese mismo período impositivo la entidad residente perciba el dividendo.

Atendiendo al momento de deducción podemos establecer el siguiente esquema:



Puede observarse que los impuestos sobre la obtención de la renta positiva y los que gravan el dividendo correspondiente a la misma se pagan en momentos temporales diferentes. Tal vez por esta razón el tercer párrafo de la letra b) del apartado Ocho del artículo 10 establece que los impuestos relativos a la distribución del dividendo generan deducciones que «se practicarán aun cuando los impuestos correspondan a períodos impositivos distintos a aquel en el que se realizó la inclusión», y lo mismo dice, en relación a las personas jurídicas, el segundo párrafo del apartado Ocho del artículo 2.º.

5. Límite de deducción.

Siguiendo los criterios establecidos con carácter general (art. 24 Ley 61/1978 y art. 82 de la Ley 18/1991), en el apartado Ocho de los artículos 2.º y 10 se establece un límite a la deducción de los impuestos satisfechos en el extranjero. Dicho límite es «la cuota íntegra que en España correspondería pagar por la renta positiva incluida en la base imponible».

Tratándose de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, a los efectos de la aplicación del límite, deben sumarse los impuestos sobre la obtención del beneficio con los impuestos sobre su distribución, y, teniendo en cuenta que uno y otros se pagan normalmente en ejercicios diferentes, será preciso acumularlos.

La acumulación de impuestos debe hacerse en función de la renta positiva incluida en la base imponible: impuestos que gravan su obtención más impuestos que gravan su distribución.

Conviene, en consecuencia, a los intereses del sujeto pasivo que ha soportado la inclusión en la base imponible de la renta positiva conservar los medios de pruebas necesarios para demostrar que un determinado dividendo corresponde a la misma y que, por lo tanto, los impuestos que han gravitado sobre el mismo son deducibles, a pesar de que no se integre en la base imponible.

Debe observarse que el límite se determina en función de la cuota íntegra que corresponde a la renta positiva incluida en la base imponible, de modo que la cuota que hubiere correspondido al dividendo es indiferente.

6. Impuestos satisfechos en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales.

El apartado Ocho de los artículos 2.º y 10, con rotundidad prevén la no deducción de los impuestos satisfechos en países o territorios calificados reglamentariamente como paraísos fiscales. Esta restricción afecta tanto a los impuestos que gravan la obtención de la renta positiva como a su distribución.

Pudiera suceder que en el conjunto de los impuestos pagados en el extranjero hubiera sólo una parte pagada en paraísos fiscales. La no deducción afecta sólo a esta parte.

Obsérvese que los impuestos excluidos son los pagados en países o territorios calificados como paraísos fiscales, que no necesariamente han de coincidir con los pagados por entidades residentes en paraísos fiscales. El criterio de relación del impuesto con el paraíso fiscal es el material de pago a la jurisdicción fiscal correspondiente al mismo.

¿Por qué no son deducibles estos impuestos? Los comentaristas que se han acercado a esta cuestión no han encontrado una respuesta convincente en el marco del articulado legal, aparte, claro está, del rechazo, justificado o no según diferentes sectores de opinión, de los paraísos fiscales.

Hay una razón, a nuestro entender, diferente de la más inmediata y aparente de rechazo a los paraísos fiscales. En efecto, como ya sabemos, las personas físicas no tienen derecho a la deducción por doble imposición económica internacional, puesto que las normas que en el Impuesto sobre la

Renta de las Personas Físicas regulan la deducción por doble imposición internacional no la contemplan. Sin embargo, el sistema de deducción por doble imposición de dividendos establecido en la Ley 42/1994, determina una transmisión implícita de los beneficios fiscales y deducciones en general disfrutadas por la sociedad a los socios. Siendo esto así, el legislador ha entendido que el impuesto pagado en un paraíso fiscal no debía deducirse, para evitar el efecto de transmisión implícita.

Podría objetarse que el fenómeno de transmisión implícita es propio del sistema de deducción por doble imposición de dividendos elegido por el legislador y que, por tanto, no se comprende bien por qué ha de generarse doble imposición y no corregirse, si así se estima pertinente, el fenómeno de transmisión implícita respecto de los dividendos distribuidos con cargo a rentas que han tributado en paraísos fiscales, mediante el establecimiento de un impuesto compensatorio.

La objeción es certera. Es más correcto eliminar el fenómeno de transmisión implícita mediante el establecimiento de un impuesto compensatorio que excluir la deducción de los impuestos pagados en el paraíso fiscal. Probablemente la complejidad del impuesto compensatorio ha desanimado al legislador.

7. Doctrina de la OCDE.

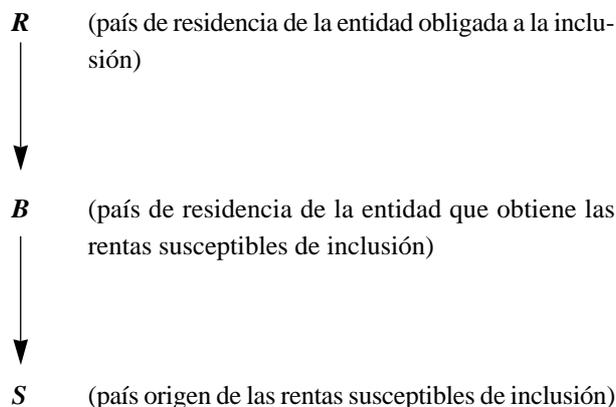
La doctrina de la OCDE respecto de la compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional con los principios que rigen las convenciones bilaterales se manifestó, por primera vez, en un documento aparecido en 1987 titulado «La evasión y el fraude fiscales internacionales: cuatro estudios». Dicha doctrina es, con ciertas matizaciones, favorable a la compatibilidad pero, entre otros requisitos, a condición de que las normas sobre transparencia fiscal internacional no generen doble imposición, lo que requiere la deducción de los impuestos pagados en el extranjero.

Si es claro que los impuestos satisfechos a la jurisdicción fiscal en la que reside la entidad que obtiene las rentas positivas susceptibles de inclusión son deducibles en sede de la entidad obligada a la inclusión, no lo es tanto que los impuestos pagados en terceros países también deban serlo. De esta cuestión se ocupa la doctrina de la OCDE, que seguidamente expondremos de manera resumida para posteriormente confrontarla con la legislación de nuestro país.

Distingue la OCDE dos supuestos, a saber, las relaciones entre el país de residencia de la entidad obligada a la inclusión de la renta positiva (*R*) y el país de origen de las rentas (*S*), y las relaciones entre el país (*R*) y un tercer país (*C*) que sujetase a gravamen por normas sobre transparencia fiscal internacional las mismas rentas.

7.1. Relaciones entre el país de residencia y el de origen de las rentas.

El esquema de relaciones es el siguiente:



Las cuestiones que se presentan y que la OCDE estudia y resuelve son las siguientes:

- ¿Está obligado el país de residencia (*R*) a deducir los impuestos recaudados por el país de la fuente (*S*)? Y, si la respuesta es positiva, ¿debe deducir los impuestos pagados o los que se hubieran pagado en caso de aplicar la convención bilateral entre *R* y *S*?
- ¿Debe el país de la fuente (*S*), aplicar la convención que le vincula con el país de residencia (*R*) a los efectos de recaudar los impuestos sobre las rentas generadas en su territorio?

La OCDE estima que, desde el punto de vista formal, al no mediar ninguna relación entre el país de residencia (*R*) y el país de la fuente (*S*), el primer país no estaría obligado a tomar en consideración los impuestos recaudados por el segundo. Sin embargo, desde el punto de vista sustancial, la legislación sobre transparencia fiscal establecida por el país de residencia (*R*), implica, al menos bajo el prisma del «levantamiento del velo de la personalidad», que la entidad residente en (*R*) obtiene directamente las rentas con origen en el país de la fuente (*S*), una vez que han sido distribuidas a la entidad residente en el país (*B*), lo que obligaría a deducir los impuestos pagados en el país de la fuente (*S*). Así la OCDE concluye que... «Las administraciones convienen que el país de residencia (*R*) debería admitir la deducción de los impuestos pagados en el país de la fuente (*S*), cuando esta deducción está prevista por su legislación interna o por un convenio bilateral, para los flujos directos de rentas procedentes del país de la fuente». Y añade la OCDE que «... Esta regla está fundada

no tanto sobre consideraciones de carácter teórico o jurídico como sobre la aceptación de un principio de orden general... las disposiciones defensivas (transparencia fiscal internacional) deben respetar el espíritu del derecho fiscal internacional evitando en tanto que ello sea posible la doble imposición...».

Sentado el principio de deducción de los impuestos satisfechos en el país de origen de las rentas (*S*), la OCDE examina la cuestión del importe de dicha deducción. Esta cuestión se plantea cuando los países *R* y *S* están ligados por un convenio bilateral, de tal manera que un flujo directo de rentas del país *S* al país *R* hubiera sufrido una retención inferior a la efectivamente practicada debido a que el flujo de rentas ha recalado previamente en el país *B*.

La doctrina de la OCDE es dubitativa, pero, finalmente, concluye que «con el fin de establecer una línea general y para simplificar una situación verdaderamente compleja, se sugiere que el país de residencia impute la totalidad del impuesto realmente recaudado en el país de la fuente (*S*)».

La conclusión a la que llega la OCDE no se aviene bien con la teoría del «levantamiento del velo de la personalidad». En efecto, no se comprende bien la causa por la que el país (*R*) debe soportar la deducción de un impuesto más elevado debido a la interposición irregular de la entidad residente en el país (*B*).

Finalmente, por lo que se refiere al país de la fuente (*S*), la doctrina de la OCDE entiende que «...el país de la fuente (*S*) deberá tratar las rentas como obtenidas por la entidad residente en el país (*B*), de modo que el convenio bilateral entre los países (*R*) y (*S*) no concede derecho alguno a la entidad residente en (*B*) para reclamar una limitación de la imposición en la fuente».

Podemos resumir la doctrina de la OCDE:

- El país de residencia (*R*) debe deducir el impuesto recaudado en el país de la fuente de obtención de las rentas (*S*), por el importe efectivo, aun cuando un convenio bilateral entre (*R*) y (*S*) prevea una limitación a la imposición.
- El país de la fuente de rentas (*S*) aplicará la imposición que corresponda considerando que la entidad perceptora de las rentas reside en el país (*B*).

Puede observarse que la legislación española se acomoda plenamente a la doctrina de la OCDE en el caso de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades. En efecto, la letra a) del apartado Ocho del artículo 10 considera deducibles de la cuota íntegra los impuestos o gravámenes de naturaleza análoga al Impuesto sobre Sociedades, sin restringir dicha deducción en función del país o territorio en el que haya sido pagado el impuesto, de modo que, en el ejemplo propuesto, en dicha letra a)

caben los impuestos sobre el beneficio y los impuestos sobre la distribución del dividendo pagados en el país (*S*), además de los pagados en el país (*B*). Por el contrario, tratándose de sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al no estar contemplados como fiscalmente deducibles los impuestos sobre la obtención de la renta, sino exclusivamente los impuestos soportados con ocasión de su distribución, dicha deducción no es posible.

Esta falta de acomodo con la doctrina de la OCDE es indiferente si entre España (*R*) y el país de la fuente (*S*) no media un convenio bilateral para evitar la doble imposición. En caso de existir dicho convenio bilateral, se planteará la cuestión de la aplicación del mismo, siendo, a nuestro entender, la solución más aceptable la aplicación de la doctrina de la OCDE.

7.2. Deducciones entre el país de la residencia y un país tercero.

Además del país del origen de las rentas (*S*), del país en que resida la entidad que obtiene las rentas susceptibles de inclusión (*B*) y del país en que reside la entidad obligada a la inclusión (*R*), otros países también pueden entrar en relación con la renta positiva susceptible de inclusión. Así sucederá, por ejemplo, cuando el control sobre la entidad que obtiene la renta positiva susceptible de inclusión es de carácter indirecto.

Atenta a los fenómenos de doble imposición, destaca la OCDE que en tal caso podría acontecer que una misma renta positiva se hallase sometida a gravamen dos veces en función de normas sobre transparencia fiscal internacional de dos jurisdicciones diferentes. Así, razona la OCDE, una sociedad matriz alemana, que controla una «sociedad de pantalla» establecida en Bahamas (subfilial) por la intermediación de una «sociedad de pantalla» establecida en el Canadá (filial), puede ser gravada en Alemania a título de los beneficios no distribuidos de la sociedad de Bahamas, y los mismos beneficios pueden ser gravables en sede de la sociedad canadiense, en virtud de las normas sobre transparencia fiscal internacional del Canadá.

El supuesto descrito por la OCDE responde al siguiente esquema:

ALEMANIA (país *R*) —————> CANADÁ (país tercero) —————> BAHAMAS (país *B*)

Teniendo en cuenta que tanto Alemania como Canadá tienen normas sobre transparencia fiscal internacional, podría suceder que las rentas obtenidas por la sociedad residente en Bahamas se gravaran tanto en Canadá como en Alemania.

Advierte la OCDE el fenómeno de doble imposición que se produce, y estimula a los Estados miembros a evitar este efecto de «sobredisuación», pero también señala que «los países que han introducido las normas sobre transparencia fiscal internacional entienden que el país en el que reside la matriz y aquel en que reside la sociedad de pantalla de primer grado pueden, ambos, aplicar dichas normas».

Los convenios bilaterales para evitar la doble imposición constituyen el marco idóneo para solucionar el problema descrito. Así, el convenio entre Alemania y Canadá establece que el país en que resida el accionista principal (en el supuesto descrito Alemania), concede una deducción por razón del impuesto pagado en el país en que reside la filial de primer grado.

Las normas españolas sobre transparencia fiscal internacional abordan la eliminación de este supuesto de doble imposición únicamente cuando el sujeto pasivo obligado a la inclusión tributa por el Impuesto sobre Sociedades.

El segundo párrafo de la letra b) del apartado Ocho del artículo 10 se refiere a los impuestos satisfechos en un país tercero y permite la deducción de los mismos en cuanto que graven renta positiva incluida con anterioridad en la base imponible.

Ahora bien, la deducción del impuesto satisfecho a título de normas sobre transparencia fiscal internacional en el país tercero sólo es procedente cuando la entidad residente en España perciba la renta materialmente, y, por supuesto, dentro de los límites legalmente previstos. Por tanto, la doble imposición persistirá hasta que la entidad residente perciba los dividendos correspondientes a la renta positiva incluida en la base imponible.

XXI. RENTA DERIVADA DE LA TRANSMISIÓN DE LA PARTICIPACIÓN

El precio de venta de la participación comprende el importe de los beneficios no distribuidos correspondientes a la renta positiva incluida en la base imponible. Por tanto, a los efectos de evitar la doble imposición es necesario asignar un valor de titularidad a la participación que, técnicamente, no puede ser otro que el importe anteriormente referido.

Así lo hace el apartado Nueve de los artículos 2.º y 10 de la Ley 42/1994, mediante la técnica de efectuar una remisión a los artículos 48 y 15 de la Ley 18/1991, y de la Ley 61/1978, respectivamente, que regulan el valor de titularidad en relación a la transparencia fiscal internacional.

La norma distingue entre transmisiones directas e indirectas, pero no establece reglas específicas en relación a una y otras. Seguidamente examinamos las posibilidades existentes.

1. Transmisión directa.

Por transmisión directa debemos entender la relativa a la participación sobre la entidad que obtiene la renta positiva incluida en la base imponible.

En este caso, la persona o entidad residente en territorio español que efectuó la transmisión debe aumentar el valor de adquisición, a los efectos de calcular el incremento o la disminución de patrimonio, en el importe del resultado no distribuido correspondiente a la renta positiva incluida en la base imponible.

Por tanto, el sujeto pasivo debe hacer dos operaciones:

- Identificar el resultado contable correspondiente a la renta positiva incluida en la base imponible.
- Identificar la parte de dicho resultado contable que no ha sido objeto de distribución.

No habiendo sido establecida una norma relativa a la correspondencia entre renta positiva incluida en la base imponible y resultado contable y entre resultado contable obtenido y distribuido, nos parece que lo procedente es efectuar dichas operaciones de correspondencia en función de simples repartos proporcionales.

2. Transmisión indirecta.

Cuando la participación sobre la entidad no residente que obtiene la renta positiva incluida en la base imponible es de carácter indirecto, la transmisión de la misma se efectúa a través de la transmisión de la participación directa sobre la entidad intermedia.

En este caso también debe calcularse un valor de titularidad a los efectos de determinar la renta positiva derivada de la transmisión de la participación directa en la entidad intermedia. Pues bien, dicho valor de titularidad también es el importe del resultado contable no distribuido correspondiente a la renta positiva incluida en la base imponible.

Nótese que la determinación del valor de titularidad se predica respecto de la renta obtenida por un sujeto pasivo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre Sociedades residente en territorio español.

La norma contenida en el apartado Nueve de los artículos 2.º y 10 de la Ley 42/1994 únicamente es de aplicación a las transmisiones de participaciones directas o indirectas, estas últimas mediante la transmisión de participaciones directas en entidades intermedias, realizadas por personas o entidades residentes en territorio español. No se contemplan, por tanto, las transmisiones realizadas por entidades intermedias.

3. Transmisiones de carácter intermedio.

Son transmisiones de carácter intermedio, como hemos apuntado, las realizadas por las entidades no residentes en territorio español a través de las cuales personas o entidades residentes en territorio español participan en la entidad no residente que obtiene las rentas positivas susceptibles de inclusión.

Estas transmisiones, a su vez, pueden tener carácter directo o indirecto.

Como quiera que de dichas transmisiones se pueden derivar plusvalías, y que las plusvalías están tipificadas como rentas positivas susceptibles de inclusión, y que, finalmente, el resultado contable correspondiente a la renta positiva incluida en la base imponible forma parte de dicha plusvalía, pudiera parecer que nos hallamos ante un caso de duplicación o, más exactamente, de multiplicación de la renta susceptible de inclusión. No es así porque el último párrafo del apartado Siete de los artículos 2.º y 10 se ocupa de disipar cualquier inquietud al respecto: «Una misma renta positiva solamente podrá ser objeto de inclusión, por una sola vez, cualquiera que sea la forma y la entidad en que se manifieste».

El supuesto de hecho descrito en el precepto transcrito ampara, entre otros, el caso de las plusvalías derivadas de transmisiones de participaciones, directas o indirectas, realizadas por entidades intermedias, porque, en efecto, dichas plusvalías son una forma de representación de la renta positiva incluida previamente en la base imponible que se manifiesta en una entidad intermedia.

Por consiguiente, las plusvalías obtenidas en las transmisiones de carácter intermedio no serán susceptibles de inclusión en la base imponible.

APÉNDICE I**1. Compensación pérdidas de ejercicios anteriores.**

CONCEPTO	AÑO		
	96	97	98
Rentas letra a)	(10)	10	20
Rentas letra b)	–	–	(30)
Renta letra c)	(20)	20	(10)
Renta letra d)	–	(5)	5
Otras rentas	25	(35)	–
Renta total	(5)	(10)	(5)
Renta a incluir en la base imponible	–	–	–
Renta negativa a compensar en los cinco ejercicios futuros y asignación de la misma	1'66 (a) (1) 3'33 (b) (2)	1'25 (d) (3) 8'75 (4)	1'25 (b) (5) 3'75 (c) (6)

$$(1) \quad \frac{5 \times 10}{30}$$

$$(2) \quad \frac{5 \times 20}{30}$$

$$(3) \quad \frac{10 \times 5}{40}$$

$$(4) \quad \frac{10 \times 35}{40}$$

$$(5) \quad \frac{5 \times 10}{40}$$

$$(6) \quad \frac{5 \times 30}{40}$$

APÉNDICE II

1. Plusvalías monetarias.

Constitución de una entidad en un determinado país, mediante la aportación de 100 millones de pesetas, al cambio de 10 (moneda local) = 1 peseta.

El importe se aplica a la adquisición de un inmueble cuyo valor en moneda local es 1.000 millones.

La inflación local es del 30 por 100. El inmueble se transmite al fin del ejercicio determinando una plusvalía monetaria de 300 millones en moneda local (1.300 millones precio de venta – 1.000 millones precio de compra).

Como consecuencia de la inflación la relación de cambio con la peseta pasa a ser 13 (moneda local) = 1 peseta.

Plusvalía en moneda local	300	millones
Plusvalía en pesetas (300/13).....	23'08	millones
Diferencia de cambio negativa (1.000/13 – 1.000/10)	23'08	millones
 Tributación total	 –	

APÉNDICE III

1. Determinación del dividendo correspondiente a la renta positiva incluida en la base imponible.

P Y G SOCIEDAD NO RESIDENTE

<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 80%;">Coste ventas</td> <td style="width: 20%; text-align: right;">800</td> </tr> <tr> <td>Gastos financieros</td> <td style="text-align: right;">50</td> </tr> <tr> <td>Saldo</td> <td style="text-align: right;">450</td> </tr> </table>	Coste ventas	800	Gastos financieros	50	Saldo	450	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 80%;">Dividendos</td> <td style="width: 20%; text-align: right;">100</td> </tr> <tr> <td>Intereses</td> <td style="text-align: right;">200</td> </tr> <tr> <td>Ventas</td> <td style="text-align: right;">1.000</td> </tr> </table>	Dividendos	100	Intereses	200	Ventas	1.000
Coste ventas	800												
Gastos financieros	50												
Saldo	450												
Dividendos	100												
Intereses	200												
Ventas	1.000												

Distribuye un dividendo de 200.

Renta positiva imputable:

$$100 \text{ (dividendos)} + 200 \text{ (intereses)} - \left(50 \times \frac{100 + 200}{1.300} \right) = 288'5$$

Socios residentes en España obligados a la inclusión:

A (30%); renta positiva incluida	86'55
B (40%); renta positiva incluida	115'4

Dividendo correspondiente a la renta positiva incluida:

$$A:: \quad 60 \times \frac{288'5}{450} = 38'46 \quad (\text{dividendo correspondiente a la renta positiva incluida})$$

$$B: \quad 80 \times \frac{288'5}{450} = 51'28 \quad (\text{dividendo correspondiente a la renta positiva incluida})$$

2. Distribución de reservas.

BALANCE ENTIDAD NO RESIDENTE (1999)

Activo	2.000	Capital	1.000
		Reservas	800
		Acreedores	200
	<hr/>		<hr/>
	2.000		2.000

Socio residente en territorio español participa en 100 por 100.

Se acuerda distribuir 200, con cargo a Reservas.

CUENTA DE RESERVAS		RENTAS POSITIVAS INCLUIDAS	
200	(1993)	–	(1993)
180	(1994)	–	(1994)
100	(1995)	40	(1995)
200	(1996)	80	(1996)
50	(1997)	30	(1997)
20	(1998)	10	(1998)
50	(1999)	20	(1999)

Desde 1993 no se reparten resultados. El impuesto sobre beneficios es cero.

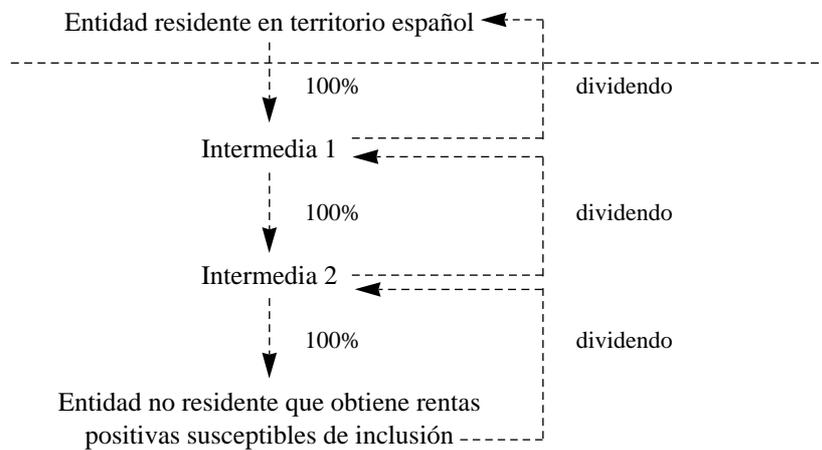
Resultados de los que procede el dividendo:

– 1999	50
– 1998	20
– 1997	50
– 1996	80
	200

Dividendo correspondiente a la renta positiva incluida:

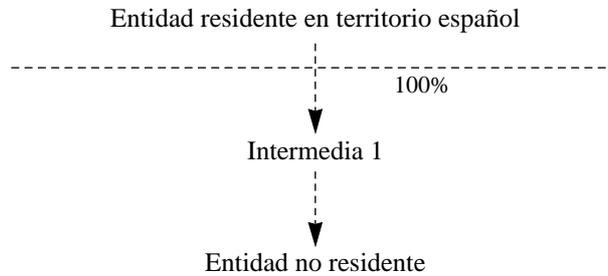
$$80 \times 20/50 + 50 \times 10/20 + 20 \times 30/50 + 50 \times 80/200 = 32 + 25 + 12 + 20 = 89$$

3. Distribuciones de carácter indirecto.



El dividendo percibido por la entidad residente en territorio español de la Intermedia 1 no se integrará en la base imponible de la misma, a pesar de que la renta positiva no se originó en la citada entidad Intermedia 1.

4. Rentas positivas manifestadas en varias entidades.



P Y G (1995)

Gastos	60	Intereses	460
Saldo	600	Dividendos	200 (de la otra entidad no residente)
	<u>660</u>		<u>660</u>

Renta positiva a incluir en la base imponible de la entidad no residente en territorio español 400

P Y G (1996)

Gastos	80	Intereses	280
Saldo	500	Dividendos	300
	<u>580</u>		<u>580</u>

Renta positiva a incluir en la base imponible de la entidad residente en territorio español	500
Dividendo distribuido	200

5. Diferencias de cambio.

Renta positiva a incluir en la base imponible	1.000 dólares
Tipo de cambio al cierre del ejercicio social de la entidad no residente	120 pesetas = 1 dólar
Renta positiva denominada en pesetas	120.000 pesetas
Dividendo distribuido correspondiente a la renta positiva	1.000 dólares
Tipo de cambio al cierre del ejercicio social de la entidad no residente	105 pesetas = 1 dólar
Diferencia de cambio a integrar en la base imponible	15.000 pesetas
[(120 - 105) x 1.000]	

APÉNDICE IV

1. Deducción de impuestos pagados en el extranjero.

ESTRUCTURA DEL GRUPO	LIQUIDACIONES								
Entidad residente en España	Renta positiva (155 + 2 + 3) 160								
<div style="display: flex; align-items: center; justify-content: center;"> <div style="margin-right: 10px;">100%</div> <div style="border-left: 1px solid black; height: 100px; margin-left: 10px;"></div> <div style="margin-left: 10px;">↓</div> </div>	<div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="margin-right: 10px;">Impuestos</div> <div style="border-left: 1px solid black; border-right: 1px solid black; padding: 0 10px;"> <div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="border-right: 1px solid black; padding-right: 5px;">Obtención de la renta</div> <div style="padding-right: 5px;">5+2+3 = 10 (1999)</div> </div> <div style="display: flex; align-items: center;"> <div style="border-right: 1px solid black; padding-right: 5px;">Distribución de la renta</div> <div style="padding-right: 5px;"> <table border="0"> <tr><td style="border-right: 1px solid black; padding-right: 5px;">2</td><td>(2000)</td></tr> <tr><td style="border-right: 1px solid black; padding-right: 5px;">3</td><td>(2001)</td></tr> <tr><td style="border-right: 1px solid black; padding-right: 5px;">2</td><td>(2002)</td></tr> <tr><td style="border-right: 1px solid black; padding-right: 5px;">3</td><td>(2003)</td></tr> </table> </div> </div> </div> </div>	2	(2000)	3	(2001)	2	(2002)	3	(2003)
2	(2000)								
3	(2001)								
2	(2002)								
3	(2003)								
	...								

...			
	Filial intermedia (no residente)	Beneficio	145
	↓	I. sobre beneficio (2002)	2
100%		I. retenciones (2003)	3
	Subfilial (no residente)	Beneficio	148
	↓	I. sobre beneficio	(exención)
100%		I. retención (2001)	3
	Entidad que obtiene la renta sujeta a inclusión (no residente)	Beneficio	155
	↓	I. sobre beneficio (1999)	5
100%		I. retención (2000)	2
	Filial intermedia (no residente)	Beneficio (dividendos)	160
	↓	I. sobre beneficio (1997)	2
3%		I. retención (1998)	3
	Entidad operativa	Esta entidad tiene otras rentas	
		Beneficio (parte correspondiente a la filial intermedia)	200
		I. sobre beneficio (1996)	30
		I. retención (1997)	10

2. Concurrencia de normas sobre transparencia fiscal internacional.

ESTRUCTURA DE GRUPO	LIQUIDACIONES
Entidad residente en España	100/35% 35
↓	Impuesto extranjero 5
	30
Filial intermedia residente en Canadá (Canadá tiene normas sobre transparencia fiscal internacional)	100/30% 30
↓	Impuesto extranjero 5
	25
	(Suponemos que en Canadá el Tg es 30% y que descuenta el impuesto extranjero)
Filial residente en Bahamas	Renta positiva susceptible de inclusión . 100
	Impuesto sobre beneficio 5

Hasta tanto en cuanto la filial intermedia residente en Canadá no distribuya dividendos, se produce un exceso de imposición o doble imposición.

Supongamos que Canadá reparte dividendos, mediando un impuesto sobre distribuciones del 5%.

Impuesto sobre distribución en Canadá: $[100 - (25 + 5)] 56 = 3$

Dividendo percibido por la entidad residente en España (exento) = $67 (100 - 5 - 25 - 3)$

El dividendo no se integra en la base imponible.

Se deducen en concepto de impuestos extranjeros:

- Impuesto sobre obtención de beneficios de la filial en Bahamas	5
- Impuesto transparencia fiscal internacional en Canadá	25
- Impuesto sobre distribución de beneficios en Canadá	3
	33

El límite de deducción es 35 (100/35%).

APÉNDICE V

1. Transmisión de carácter directo:

ESTRUCTURA DE GRUPO

Entidad residente en España.

	1998	1999	2000
Inclusión	205	308	390
Dividendo exento	90	185	240
Impuesto extranjero	10	15	20
Valor titularidad	100 (200 - 90 - 10)	100 (300 - 185 - 15)	140 (400 - 240 - 20)

Entidad residente en el extranjero.

	1997	1998	1999	2000
Beneficio	200	300	400	
Impuesto	10	15	20	
Dividendo		90	185	240
Renta positiva	205	308	390	

El precio de adquisición de la participación fue 1.000, por aportación en la constitución. El precio de venta coincide con el valor teórico.

Precio de venta	1.340
Valor de adquisición	1.000
Valor titularidad	340
Renta gravable	–

2. Transmisión de carácter indirecto.

ESTRUCTURA DE GRUPO

Entidad residente en España.

	1998	1999	2000
Inclusión	205	308	390
Dividendo	–	–	80
Impuesto extranjero	10	15	20
Valor titularidad	91 (200 – 10 – – 90 – 9)	4 (300 – 185 – – 15 – 16 – 80)	118 (400 – 240 – – 20 – 22)

Filial intermedia.

	1998	1999	2000
Beneficio	90	185	240
Impuesto	9	16	22
Dividendo	–	80	–

Entidad residente en el extranjero.

	1997	1998	1999	2000
Beneficio	200	300	400	
Impuesto	10	15	20	
Dividendo		90	185	240
Renta positiva	205	308	390	

El precio de adquisición de la participación fue 1.000, por aportación en la constitución. El precio de venta coincide con el valor teórico.

Precio de venta	1.213
Valor de adquisición	1.000
Valor de titularidad	213
Renta gravable	–

3. Transmisión intermedia.

ESTRUCTURA DE GRUPO

Entidad residente en España.

Inclusión (1997) 100



Filial intermedia.

Transmisión participación (plusvalía 1998) 100



Entidad residente en el extranjero.

Beneficio contable (1996) 100

Renta positiva (1996) 100

La plusvalía obtenida por la filial intermedia no se incluirá en la base imponible.