

TRABAJO EFECTUADO POR:

EDUARDO SANZ GADEA

Inspector de Finanzas del Estado

Sumario:

XXII. Compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición.

1. Normas de los convenios que pueden entrar en conflicto con la transparencia fiscal internacional.

1.1. Argumentos basados en los artículos 5.7 y 7.1 del Convenio Modelo.

1.2. Argumentos basados en el artículo 10 del Convenio Modelo.

2. La práctica seguida por los países de nuestro entorno.

2.1. Estados Unidos.

2.2. Francia.

2.3. Reino Unido.

2.4. Alemania.

2.5. Japón.

2.6. Conclusiones.

3. Criterios de la OCDE.

3.1. Valor jurídico de los criterios de la OCDE.

3.2. Los convenios bilaterales de doble imposición y la utilización de las sociedades de pantalla.

3.3. Criterios contenidos en los Comentarios al Convenio Modelo.

4. Examen de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico.

4.1. Valor de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición.

4.2. Las previsiones legales sobre la materia.

4.3. Tesis del abuso del Convenio.

4.4. Tesis de la aplicación de la doctrina de la OCDE.

4.5. Tesis del levantamiento del velo de la personalidad.

XXIII. Las normas sobre transparencia fiscal internacional y el principio de renta mundial.

1. Introducción.

2. Rentas obtenidas a través de la participación de instituciones de inversión colectiva residentes en el extranjero.

2.1. Aplicabilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional a las participaciones de instituciones de inversión colectiva.

2.2. Régimen aplicable.

XXII. COMPATIBILIDAD DE LAS NORMAS SOBRE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL CON LOS CONVENIOS BILATERALES PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

El problema de la compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición es, tal vez, una de las cuestiones más complejas en el marco de una materia esencialmente compleja. La práctica ausencia de decisiones jurisprudenciales al respecto en los países que tienen establecidas este tipo de normas, así como el diferente valor jurídico que los tratados internacionales tienen en el seno de cada ordenamiento jurídico restan valor a los análisis de Derecho comparado.

La redacción del presente apartado responde, esencialmente, al libro de DANIEL SANDLERS titulado *Pushing the boundaries* (1993). Así, examinaremos en primer lugar los artículos de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición que pueden entrar en conflicto con las normas sobre transparencia fiscal internacional; en segundo lugar, la práctica seguida por las diferentes Administraciones Tributarias; en tercer lugar, los criterios de la OCDE; finalmente, en base al estudio precedente, estableceremos la conclusión que entendemos más acertada en el marco de nuestro ordenamiento jurídico.

1. Normas de los convenios que pueden entrar en conflicto con la transparencia fiscal internacional.

Aunque, como veremos más adelante, la doctrina de la OCDE, tanto la contenida en el Informe de 1987 como la contenida en los Comentarios al Convenio Modelo es favorable, bajo el cumplimiento de determinados requisitos, a la compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal inter-

nacional con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional, es lo cierto que determinados artículos de los citados convenios podrían suscitar dudas y dificultades. Estos artículos son el 5.7, 7 y 10.

1.1. Argumentos basados en los artículos 5.7 y 7.1 del Convenio Modelo.

El artículo 7.1 establece que «Los beneficios de una empresa de un Estado contratante no son imponibles más que en ese Estado, excepto que la empresa ejerza su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en el mismo. Si la empresa ejerce su actividad de esa manera, los beneficios de la empresa son gravables en el otro Estado pero únicamente en la medida en la que son imputables al establecimiento permanente». Y el apartado 3 de los comentarios al artículo 7 dice que «Este apartado trata de dos cuestiones. En primer lugar, reafirma el principio generalmente enunciado en los convenios de doble imposición, según el cual una empresa de un Estado no debe ser gravada en el otro Estado, excepto que ejerza una actividad comercial o industrial en ese otro Estado por el intermedio de un establecimiento permanente que allí está situado. Parece inútil subrayar aquí las ventajas de este principio. Será suficiente recordar que es actualmente admitido, en las relaciones fiscales internacionales, que una empresa de un Estado no puede ser verdaderamente considerada como participante en la vida económica de otro Estado hasta el punto de caer bajo su jurisdicción fiscal, hasta tanto en cuanto ella no funde en dicho Estado un establecimiento permanente».

El artículo 5.7 establece que «El hecho que una sociedad que es un residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad que es residente del otro Estado contratante o que en él ejerce su actividad (sea por intermedio de un establecimiento permanente o no), no es bastante, por sí solo, para hacer de una cualquiera de esas sociedades un establecimiento permanente de la otra». Y el apartado 40 de los comentarios al artículo 5, dice que «Es generalmente admitido que la existencia de una filial no constituye en sí mismo un elemento que implique que la filial es un establecimiento permanente de la sociedad madre. Esto resulta del principio que, desde el punto de vista fiscal, esta filial constituye una entidad jurídica independiente. Incluso el hecho de que la actividad de la filial sea dirigida por la sociedad madre no hace de la filial un establecimiento permanente de la sociedad madre».

A la vista de los artículos y comentarios a los mismos transcritos razona SANDLERS que «Mientras el párrafo 1 del artículo 7 se refiere a los "beneficios de una empresa", el comentario a este párrafo sugiere que es la empresa en relación a esos beneficios la que no podrá ser gravada en otro Estado que en el de la residencia de la empresa. Una interpretación literal del párrafo 1 del artículo 7 sugiere que un país no puede gravar el beneficio de una empresa no residente en ese país (a menos que los beneficios deriven de un establecimiento permanente situado en el mismo). Ahora bien, ¿no es esto precisamente lo que hace la legislación CFC?». Y añade que «La legislación CFC grava a los accionistas residentes sobre su prorrata parte de los beneficios de una compañía no residente; el efecto, de esta manera, es gravar los beneficios de una compañía no residente».

A nuestro entender el argumento de SANDLERS no es convincente. En efecto, el artículo 7.1 tiene por objeto precisar en qué casos el Estado de la fuente puede gravar los beneficios de actividades empresariales que tienen relación con el territorio en el que ejerce su jurisdicción, pero no se refiere ni limita en absoluto las competencias del Estado en el que residen los accionistas de la entidad matriz. Extraer de tal objetivo principal una conclusión secundaria a cuyo tenor un Estado no puede gravar los beneficios obtenidos por una entidad filial residente en el extranjero de una entidad matriz residente en su territorio es, ciertamente, algo alambicado. El propio SANDLERS se hace eco de la crítica a la que está expuesta su argumentación cuando afirma que «El argumento en contra comienza con una discusión de la función del artículo 7. Su principal función es tratar con un establecimiento permanente localizado en un país de una empresa que es residente en otro país y su materia es delimitar el ámbito de la jurisdicción del país de la fuente para gravar. La legislación CFC, por otra parte, no se refiere a la tributación en el país de la fuente, sino más bien es una tributación para gravar sobre la base de la nacionalidad o residencia del partícipe».

Teniendo en cuenta la finalidad de los convenios bilaterales que es «...regular uniformemente los problemas que se plantean más corrientemente en el dominio de la doble imposición jurídica internacional...» (apartado 3 de la Introducción del Convenio Modelo), no parece que el artículo 7.1 pueda ser interpretado en el sentido de que, además de establecer lo preciso para delimitar la competencia para gravar del país de la fuente, impide al país de la residencia gravar a las personas o entidades que residen en el mismo por razón de su participación en entidades no residentes. Cuestión diferente es que dicho gravamen debe ser establecido de manera tal que no genere doble imposición.

1.2. Argumentos basados en el artículo 10 del Convenio Modelo.

El artículo 10.5 del Convenio Modelo establece que «Cuando una sociedad que es residente de un Estado contratante obtiene beneficios o rentas del otro Estado contratante, ese otro Estado no puede percibir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que esos dividendos son pagados a un residente de ese otro Estado o en la medida en que la participación generadora de los dividendos se refiere efectivamente a un establecimiento permanente o a una base fija situada en ese otro Estado, ni recaudar ningún impuesto, a título de imposición, sobre los beneficios no distribuidos de la sociedad, aun cuando los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan en todo o en parte en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado».

Este precepto veta a un Estado gravar los beneficios distribuidos o acumulados por una sociedad residente en otro Estado, excepto que dichos beneficios procedan de un establecimiento permanente o una base fija situada en su territorio.

En base a este precepto se ha argumentado la incompatibilidad entre las normas sobre transparencia fiscal internacional y los convenios bilaterales, puesto que se dice que viene a impedir el gravamen de las rentas no distribuidas por un Estado distinto del que reside la sociedad de que se trate, salvo el supuesto excepcional de establecimiento permanente o base fija en el mismo.

De este argumento se hace eco el Comentario número 37 de la OCDE en los siguientes términos: «Se podría pretender que, cuando el país de residencia del contribuyente utiliza disposiciones destinadas a contrarrestar la evasión fiscal (como la legislación de la Subsección F en los Estados Unidos) para gravar beneficios que no han sido distribuidos, esto es contrario al apartado 5. Sin embargo, es necesario notar que este último apartado no contempla más que la imposición en el lugar de la fuente de las rentas y, por lo tanto, no se refiere a la imposición en el lugar de la residencia del accionista en virtud de disposiciones destinadas a contrarrestar la evasión fiscal. Además, el apartado 5 no concierne sino a la tributación de la sociedad y no a aquella del accionista».

El comentario de la OCDE implica, en principio, abrir la puerta a la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional aun mediando un convenio bilateral para evitar la doble imposición, porque, en efecto, descarta que la existencia de la convención determine que los beneficios únicamente puedan ser gravados, en sede del accionista por el país en que reside el mismo, cuando son distribuidos.

Pero junto a esta declaración general de compatibilidad, en el Comentario 38 encontramos una reflexión particular entroncada con el sistema empleado por el país de residencia del accionista para evitar o paliar la doble imposición económica internacional.

El Comentario número 38 dice «La aplicación de una legislación destinada a contrarrestar la evasión fiscal puede, sin embargo, presentar dificultades. Si las rentas son imputadas al contribuyente, cada elemento de la renta deberá estar sometido al régimen previsto por las disposiciones correspondientes a la convención (beneficios industriales o comerciales, intereses, cánones). Si esta suma es tratada como un dividendo presunto, es claro que el montante gravable proviene de la sociedad pantalla y corresponde pues a rentas teniendo su fuente en el país de la mencionada sociedad. Pero en cuanto a saber si el montante imponible debe ser considerado entonces como un dividendo en el sentido del artículo 10 o como entrando en la categoría de "otras rentas" contempladas en el artículo 21, nada es menos claro. Ciertos países en su legislación destinada a contrarrestar la evasión fiscal, consideran el montante imponible como un dividendo, si bien una exención de impuesto prevista por una convención fiscal como el privilegio de afiliación debe también ser aplicada (caso de Alemania). Se puede, sin embargo, preguntarse si esto está exigido por la convención. Si el país de residencia considera que ése no es el caso, se expone al reproche de impedir el juego normal del privilegio de afiliación gravando anticipadamente el dividendo (a título de dividendo presunto)».

El Comentario número 38 sugiere que cada clase de renta atribuida debe ser calificada y tratada bajo el artículo que corresponda a su naturaleza. A juicio de SANDLERS esta afirmación es fuente de confusión, porque la «legislación CFC no desestima la existencia de la entidad de base (la que obtiene las rentas positivas susceptibles de inclusión) ni contempla las actividades o la renta de la entidad de base como obtenidas por los partícipes. Presumiblemente el informe está, en efecto, igualando la legislación CFC tipo del "levantamiento del velo" a las normativas relativas a la sustancia y forma, al menos en lo que se refiere a la aplicación de los convenios bilaterales». A pesar de su observación, SANDLERS reconoce que «cualquiera que sea la manera en la cual la renta atribuida es caracterizada, el informe (Comentario núm. 38) es claro en el sentido que la legislación CFC no vulnera, en principio, ninguna norma del Convenio Modelo OCDE, ni son las previsiones

de la convención bilateral generalmente aplicables para evitar la doble imposición económica resultantes de su aplicación». Pero añade que «El criterio opuesto según el cual la legislación CFC vulnera los preceptos de la Convención Modelo, está basado en una interpretación más literal del artículo 7. En efecto, el argumento es que el artículo 7, conjuntamente con el apartado 7 del artículo 5 y con el artículo 10 consagran en la Convención Modelo el concepto de diferimiento. En otras palabras, el país de residencia del contribuyente no puede gravar los beneficios de una compañía extranjera hasta tanto no sean distribuidos al país de residencia». Este criterio, apunta SANDLERS, podría encontrar también un cierto apoyo en el artículo 9, relativo a la corrección de beneficios por operaciones vinculadas, porque podría sustentar la interpretación según la cual el artículo 7.1 se refiere al gravamen de los beneficios de una empresa antes que al gravamen de una empresa respecto de sus beneficios.

Sin desconocer que la cuestión es dudosa, nos parece que los comentarios de la OCDE se inclinan a favor de la compatibilidad de las normas sobre gravamen de los beneficios y dividendos contenidos en la Convención Modelo (arts. 7 y 10) respecto de las normas sobre transparencia fiscal internacional. No obstante, dichos comentarios expresan una reserva respecto del criterio general para el supuesto de convenios que contengan el método de exención, advirtiendo que, en tal caso, podría exponerse el país en cuestión al reproche de impedir el normal juego del privilegio de afiliación. Sobre estas cuestiones volveremos más adelante.

2. La práctica seguida por los países de nuestro entorno.

La cuestión de la compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional con los convenios bilaterales depende, en primer lugar, del valor jurídico de los convenios bilaterales en relación a la legislación interna. En efecto, solamente en el supuesto en que el convenio bilateral tuviere un mayor valor jurídico que la legislación interna, cabría preguntarse por la posición de los diferentes países respecto de la referida compatibilidad. Si, por el contrario, las previsiones de la legislación interna no tienen un mayor valor jurídico, la cuestión probablemente esté automáticamente resuelta en favor de la aplicación de la norma especial, es decir, la que regula la transparencia fiscal internacional.

Siguiendo, nuevamente, a SANDLERS, estudiamos la situación en los Estados Unidos, Alemania, Francia, Reino Unido y Japón.

2.1. Estados Unidos.

El artículo VI de la Constitución establece que «Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que de ella dimanen, y todos los Tratados que se celebren o que vayan a celebrarse bajo la Autoridad de los Estados Unidos, constituirán la Ley suprema de la Nación; y los jueces de todos los Estados tendrán obligación de acatarla, a pesar de cualquier disposición contraria que pudiera estar contenida en la Constitución o en las Leyes de cualquier Estado».

La norma constitucional establece que las leyes federales y los tratados internacionales tienen el mismo valor y, ambos, un valor superior a las leyes estatales. Consecuentemente, las relaciones entre leyes federales y tratados internacionales se rigen por los principios de derogación de la ley anterior por la posterior y de preferencia de la norma especial sobre la general.

El artículo 7.852 d) del *Internal Revenue Code* de 1954 establecía que ninguna disposición del Código sería aplicable en el caso en que dicha aplicación fuera contraria a un tratado internacional en vigor a la fecha de su entrada en vigor. La *Revenue Act* de 1962, la cual aprobó, entre otras medidas, la *Subpart F* del Código (transparencia fiscal internacional), estableció que lo previsto en el artículo 7.852 d) no era aplicable respecto de las reformas hechas por dicha *Act* de 1962. Finalmente, la *Technical and Miscellaneous Revenue Act* de 1988, añadió la siguiente disposición al artículo 7.852 d) del *Internal Revenue Code* de 1986: «A los efectos de determinar la relación entre una disposición de un tratado y cualquier ley de los Estados Unidos que afecte a la renta, ni el tratado ni la ley tendrán un estatuto preferente por razón de ser un tratado o una ley».

La disposición transcrita representa, a juicio de SANDLERS, una variación importante respecto de lo establecido en el Código de 1954, del que se desprendía que los tratados tenían un valor superior.

Por otra parte, en casi todos los convenios suscritos por los Estados Unidos se contiene una cláusula de salvaguarda, en cuya virtud los Estados Unidos pueden gravar a sus ciudadanos y entidades residentes como si el tratado internacional no hubiera entrado en vigor. El objetivo de esta cláusula es limitar el impacto de las disposiciones del tratado sobre el Derecho interno a los no residentes.

Bajo dicha hipótesis deben entenderse los criterios sustentados por el Departamento del Tesoro cuando se estableció, en 1962, la transparencia fiscal internacional. El Tesoro concluyó, en efecto, que las normas sobre transparencia fiscal internacional no violaban los tratados bilaterales existentes ya que, la mayor parte, tenían una «cláusula de salvaguarda», y aquellos que no la tenían contenían, sin embargo, disposiciones (básicamente la definición de residentes) que restaban fuerza al argumento de que las normas sobre transparencia fiscal internacional violaban, en cualquier caso, los tratados.

Puede observarse que el Tesoro no utiliza el argumento de que la ley posterior (normas sobre transparencia fiscal internacional) deroga la ley anterior (el tratado internacional), sino que, antes de acudir a este inapelable argumento, razona en términos de compatibilidad de ambas normas, ley interior y tratado internacional, sea en base a la cláusula de salvaguarda o en base a un razonamiento más general sustentado en la forma en cómo se definen los residentes de cada Estado contratante a los efectos de la aplicación del convenio.

2.2. Francia.

El artículo 55 de la Constitución establece que los tratados, una vez correctamente ratificados o aprobados, tendrán un valor superior a las leyes, incluso posteriores al tratado, a condición de reciprocidad. En consecuencia, y a pesar de ciertas reticencias del Consejo de Estado, puede afirmarse que los convenios bilaterales para evitar la doble imposición prevalecen sobre las leyes internas.

A partir del valor jurídico preferente de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición, las posiciones de los intérpretes son diferentes.

La Administración Tributaria francesa entiende que las normas sobre transparencia fiscal internacional (art. 209 B del CGI) son perfectamente compatibles con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición suscritos por Francia. Una Instrucción del Servicio Legislativo francés de 6 de marzo de 1992, fundamenta la compatibilidad en los siguientes criterios:

- El objeto de los convenios bilaterales es, ante todo, luchar contra el fraude y la evasión fiscal, por lo tanto, los convenios referidos no pueden impedir a los Estados aplicar una legislación que permita precisamente alcanzar ese fin.
- Los convenios bilaterales tienen la finalidad de eliminar las dobles imposiciones jurídicas, y el artículo 209 B no crea una situación de doble imposición jurídica, ya que la sociedad afectada no tributa en Francia, sino que lo hacen sus socios. Por otra parte, dicha tributación no crea doble imposición económica, porque las normas reguladoras contienen mecanismos para evitarla.
- La cláusula, generalmente establecida en las convenciones bilaterales, a cuyo tenor los beneficios de una empresa de un Estado no son gravables sino en dicho Estado, excepto que tenga establecimiento permanente en el otro Estado, no choca con lo previsto en el artículo 209 B, porque esa regla de distribución de la materia imponible se refiere a la situación de las empresas de un Estado que realizan beneficios por causa de actividades realizadas en el otro Estado, y tiene por objeto definir las reglas de imposición aplicables a esos beneficios, lo que no responde a la situación contemplada por el citado artículo 209 B.

El Consejo de Impuestos, sin embargo, se muestra más cauto. Y así, aunque muy levemente, en el decimotercer informe al Presidente de la República afirma que «...la cuestión de la compatibilidad del artículo 209 B con las convenciones internacionales... en la ausencia de decisiones jurisdiccionales sobre este punto, la Administración ha adoptado un comportamiento prudente, cuidando de incluir en los convenios bilaterales firmados desde hace algunos años una cláusula autorizando expresamente el recurso al artículo 209 B para luchar contra la evasión fiscal».

SANDLERS ha revisado los convenios para evitar la doble imposición suscritos por Francia desde 1980, fecha de aprobación de las normas sobre transparencia fiscal internacional, y solamente ha encontrado una norma referida explícitamente al artículo 209 B. Se trata de la declaración número 13, aneja al protocolo del convenio con México (noviembre 1991) que dice lo siguiente:

«Las disposiciones de este convenio no impiden a Francia aplicar lo previsto en el artículo 209 B del Código General de Impuestos, u otras disposiciones similares que puedan sustituir ese artículo, ni impedirán a Méjico la aplicación de disposiciones de su derecho interno que son similares a las disposiciones del anteriormente mencionado artículo 209 B».

Posteriormente, el convenio con Venezuela contiene la misma cláusula (mayo 1992) y lo propio sucede con el nuevo convenio con Estados Unidos (agosto 1994).

Esta declaración protocolaria puede ser contemplada, según nuestro criterio, desde diferentes puntos de vista. En primer lugar, podría significar una habilitación precisa para aplicar las normas sobre transparencia fiscal internacional, de manera tal que en su ausencia dichas normas fueran inaplicables. También podría ser contemplada, teniendo en cuenta el valor de las declaraciones protocolarias y su propio contenido, como una interpretación auténtica. Finalmente, la interpretación de la Administración Tributaria francesa, según el Consejo de Impuestos, es que, dicha cláusula, tiene por efecto principal, permitir la aplicación del artículo 209 B a los establecimientos permanentes situados fuera de Francia de las sociedades francesas. Debemos tener en cuenta, para entender la posición de la Administración Tributaria francesa, que en Francia, a diferencia de España, los establecimientos permanentes, como regla general, no integran sus rentas, a efectos fiscales, con las de la casa central (método de exención).

2.3. Reino Unido.

Los tratados internacionales, una vez incorporados al ordenamiento jurídico mediante un acto del poder legislativo, tienen la fuerza de las disposiciones legales. Es la *Act of Parliament* la que confirma el tratado y le otorga la fuerza legal. Por tanto, las relaciones entre la ley interna y el tratado se rigen por las mismas normas que rigen las relaciones entre leyes. Así, en el caso de conflicto entre la ley existente y las disposiciones de un tratado posterior, el tratado prevalecerá. Por la misma razón, cuando exista un conflicto entre las disposiciones de un tratado incorporado al ordenamiento jurídico y legislación posterior, dicha legislación prevalece.

Cuando la legislación posterior está claramente dirigida a derogar el tratado, sea explícita o implícitamente, la posterior legislación interna debe prevalecer, basada en el principio que ningún Parlamento puede vincular o comprometer o restringir la capacidad legislativa de cualquier Gobierno futuro. Sin embargo, debe presumirse que la ley posterior no es contraria a las obligaciones dimanantes de un tratado y, por lo tanto, en caso de duda, dicha ley debe ser interpretada en el sentido de su compatibilidad con las obligaciones referidas.

Teniendo en cuenta el valor jurídico de los tratados internacionales y de la ley interior, es claro que el conflicto, si existe, se producirá en relación a los convenios bilaterales para evitar la doble imposición suscritos después de 1984, año en el que se aprobaron las normas sobre transparencia fiscal internacional.

Según SANDLERS, el *Inland Revenue* ha adoptado la posición según la cual la legislación sobre transparencia fiscal internacional es compatible con las disposiciones de cualquier convenio bilateral para evitar la doble imposición. Probablemente dicha posición derive de la aceptación de los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE como criterios para interpretar las disposiciones de los convenios bilaterales por parte de los Tribunales británicos.

2.4. Alemania.

El artículo 59 de la Constitución alemana establece que los tratados internacionales deben ser incorporados al ordenamiento jurídico mediante una ley federal. Infiere SANDLERS que, por ese hecho, su valor jurídico es igual al de las restantes leyes federales, de aquí que pueden derogar y ser derogados por leyes federales. No obstante, los tratados internacionales son considerados como normas especiales, de tal manera que no quedarán derogados o modificados por legislación posterior a menos que expresamente se prevea lo contrario.

En este sentido se pronuncia VOGEL, citado por SANDLERS, en relación con la Sección 2 del Código General de Impuestos, y apostilla SANDLERS que las nuevas normas PFIC (*personal foreign investment companies*) son un ejemplo de derogación de tratados internacionales mediante legislación interna.

Por tanto, la cuestión de la compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional con los convenios bilaterales se plantea, en principio, en términos similares al Reino Unido, siendo de advertir que los Tribunales de justicia se han referido brevemente a los Comentarios al Convenio Modelo, para interpretar los convenios bilaterales.

En Alemania la cuestión de la compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional con los convenios bilaterales adquiere ulteriores dimensiones debido al hecho de que una parte importante de los mismos establecen el método de exención para evitar la doble imposición económica internacional.

El artículo 10.5 de la Ley de Inversiones Exteriores establece que «será aplicable a las imputaciones (de rentas) aquellas normas de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición que serían aplicables si las imputaciones fueran distribuidas al contribuyente».

En aplicación de esta norma, entiende SANDLERS que en aquellos convenios en los que se aplica el método de exención, los sujetos pasivos afectados pueden alegar que no deben aplicarse las normas sobre transparencia fiscal internacional, excepto que la aplicación de dicho método esté

supeditado a una «cláusula de actividad», en cuyo caso lo más probable es que, dada la naturaleza de las rentas afectadas por las normas sobre transparencia fiscal internacional, el método de exención no sea aplicable, sino el de imputación.

En tal caso, desaparece la incompatibilidad entre las normas sobre transparencia fiscal internacional y los convenios, en cuanto dicha incompatibilidad se entienda que lo es en razón al método de exención.

Desde 1966, comenta SANDLERS, la mayor parte de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición limitan al método de exención a los dividendos procedentes de actividades productivas, de modo que el conflicto entre el convenio bilateral que contiene el método de exención y las normas sobre transparencia fiscal internacional tiende a disminuir. Además, un conjunto de normas internas han minimizado tales conflictos.

En efecto, según BANMGÜSTER y PERLET (1), las normas sobre transparencia fiscal internacional, en sus comienzos, podrían ser fácilmente burladas en aquellos casos en los que el convenio bilateral establecía el método de exención sin subordinación a una cláusula de actividad, hasta que en 1992 una importante reforma legislativa estableció que las normas sobre transparencia fiscal internacional se aplicarían sin tener en cuenta la posible existencia de un convenio bilateral para evitar la doble imposición, cuando:

- El accionista posee, al menos, el 10 por 100, siempre que la entidad no residente esté controlada en más del 50 por 100 por contribuyentes residentes en Alemania.
- La entidad no residente obtenga más del 50 por 100 de sus rentas de inversiones patrimoniales, tales como la renta generada por la tenencia, administración, conservación de valor o aumento de valor de los fondos líquidos, créditos, valores, inversiones o activos similares.

En 1994, la «Ley antiabuso y de clarificación tributaria», introdujo reglas aún más estrictas, en virtud de las cuales cuando las rentas pasivas sujetas a imputación excedan del 10 por 100 de las rentas patrimoniales, o el importe de estas últimas excede de 120.000 marcos, la imputación se produce sin importar la existencia de un convenio bilateral.

Las normas anteriormente comentadas ponen de manifiesto la voluntad de Alemania de evitar que un convenio bilateral que contenga el método de exención pueda impedir la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional.

(1) «Changes in the German Foreign Tax». *Intertax* 1995/2.

Teniendo en cuenta el valor jurídico de los convenios bilaterales en el sistema jurídico alemán, es decir, de valor equivalente a las leyes, SANDLERS opina que los Tribunales alemanes probablemente entiendan que la normas sobre transparencia fiscal internacional son tan específicas como para prevalecer sobre los tratados anteriores a las mismas. Por otra parte, las leyes internas en relación a la transparencia fiscal internacional ponen de manifiesto que, al menos según la *voluntas legis*, el conflicto tan sólo parece existir en el caso de convenios bilaterales que establecen el método de exención, y, aun en tal caso, se han dictado normas para solventarlo.

Las razones precedentes tal vez expliquen que entre los 45 convenios bilaterales suscritos por Alemania después de 1972, año en el que entraron en vigor las normas sobre transparencia fiscal internacional, tan sólo los relativos a Suiza, Canadá, Estados Unidos, Italia y Suecia contengan preceptos referentes a la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional.

2.5. Japón.

El artículo 98.2 de la Constitución establece que «los tratados concluidos por Japón y establecidos como leyes de la nación serán legalmente observados».

A tenor del precepto transcrito los convenios bilaterales tienen la fuerza de una ley, si bien con valor jurídico superior, de modo que en caso de conflicto entre el convenio bilateral y la ley el convenio prevalecerá, sin importar la fecha de aprobación de la ley. Ahora bien, los Tribunales japoneses, comenta SANDLERS, raramente invalidarán una ley interior a causa de un conflicto con un convenio bilateral, sino que procurarán interpretar la norma convenida de manera tal que no haya conflicto.

Como veremos más adelante el valor jurídico de los convenios bilaterales suscritos por Japón es idéntico al de los suscritos por España, de aquí que la práctica seguida por este país en relación a sus convenios bilaterales sea de gran interés para nosotros. Pues bien, a partir de 1978, año en el que entraron en vigor las normas sobre transparencia fiscal internacional, Japón ha suscrito 14 convenios, y solamente uno, el concerniente a Canadá, contiene un precepto que puede ser entendido como salvaguarda de la transparencia fiscal internacional: «...esta convención no afectará la tributación por un Estado contratante de sus residentes». Respecto de los restantes convenios, considerando su valor jurídico preferente respecto de las leyes ordinarias, debemos concluir que, si en el sentir de las autoridades japonesas fuesen incompatibles con las normas sobre transparencia fiscal internacional, lo más lógico hubiera sido que en los mismos se hubiera establecido una cláusula similar a la anteriormente expuesta, de aquí que la ausencia de la misma nos indica que las referidas autoridades entienden que no existe tal incompatibilidad.

2.6. Conclusiones.

En los Estados Unidos, Alemania y el Reino Unido, el valor jurídico de los tratados es el mismo que el de las leyes ordinarias. Por tanto, las relaciones entre las normas sobre transparencia fiscal y los convenios bilaterales, se rigen por los principios de ley posterior deroga ley anterior y de prevalencia de la ley especial sobre la general.

En Francia y Japón los tratados tienen un valor jurídico superior a las leyes ordinarias.

Consecuentemente con lo expuesto, en los Estados Unidos, Alemania y el Reino Unido, el problema de la posible colisión entre las normas sobre transparencia fiscal internacional y los convenios bilaterales solamente se plantea en los celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de dichas normas. Ahora bien, la posición de las autoridades fiscales americanas e inglesas es que no existe relación de incompatibilidad, y lo mismo puede decirse respecto de las autoridades alemanas, excepto que el convenio bilateral haya establecido el método de exención, en cuyo caso, como hemos visto, determinadas disposiciones han establecido los casos en los que las normas sobre transparencia fiscal internacional se aplicarán.

También en consecuencia con lo expuesto, en Francia y Japón la posible colisión entre convenios bilaterales y normas sobre transparencia fiscal internacional se plantea frente a cualquier convenio bilateral, cualquiera que sea la fecha de su celebración. Ahora bien, tanto las autoridades fiscales francesas, de manera explícita, como las japonesas, de manera implícita, es decir, a través de la política que siguen en relación a los convenios bilaterales que han suscrito después de la entrada en vigor de las normas sobre transparencia fiscal internacional, entienden que no existe incompatibilidad.

Puede observarse, sin embargo, que el criterio de las autoridades fiscales, con ser relevante, no deja de ser una mera interpretación que no tiene un valor concluyente.

3. Criterios de la OCDE.

3.1. Valor jurídico de los criterios de la OCDE.

La OCDE ha expuesto su criterio en un informe titulado «Cuatro estudios sobre la evasión y el fraude fiscal internacional» (1987) y en los Comentarios al Convenio Modelo.

El valor jurídico de ambas fuentes de conocimiento de la doctrina de la OCDE es diferente. El informe es un documento que refleja una opinión esencialmente técnica, cuyo valor reside en que se forma en el seno de un comité, el de asuntos fiscales, que está compuesto por representantes de

las autoridades fiscales de los países miembros. El Convenio Modelo y sus Comentarios, aunque formados igualmente en el seno del referido comité, en la medida que están destinados a servir de imagen, y de hecho es así, a futuros tratados internacionales, tienen un valor superior. ¿Cuál es, pues, el valor jurídico que debemos otorgar a los Comentarios al Convenio Modelo, en los cuales, como veremos más adelante, se explicita un criterio sobre el problema que nos ocupa?

El punto 29 de los Comentarios introductorios establece que «Como los Comentarios han sido redactados y aceptados por los expertos representando, en el seno del Comité de asuntos fiscales, a los gobiernos de los países miembros, son de una importancia particular en el desarrollo del derecho fiscal internacional. Aunque los Comentarios no estén destinados a ser anexo, de una manera o de otra, a las convenciones que serán firmadas por los países miembros, que son las que únicamente constituyen instrumentos jurídicos internacionales con fuerza obligatoria, dichos comentarios pueden, sin embargo, ser muy útiles en la aplicación e interpretación de las convenciones y, en particular, en la solución de diferencias eventuales».

Así pues, los propios Comentarios al Convenio Modelo se atribuyen un valor de ayuda en la interpretación de los convenios suscritos, que son los únicos instrumentos jurídicos internacionales.

El Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en su artículo 31 que «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin...». Y el artículo 32 que «se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado...».

Pues bien, VOGEL estima que el Convenio Modelo y los Comentarios son algo más que trabajos preparatorios, sino que deberían ser considerados fuentes primarias de interpretación, y pueden ser referidos como parte del contexto de las disposiciones de un tratado en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena. En sentido contrario, SWITZES resta valor a los comentarios indicando que los mismos reflejan solamente el consenso de la opinión de un grupo de naciones (2).

Sea cual fuere el valor jurídico que deba darse al Convenio Modelo y a sus Comentarios, es lo cierto que, cuando menos, son una ayuda para la interpretación de los convenios en particular en cuanto que expresan el consenso entre los Estados miembros de la OCDE, exceptuados, claro está, aquellos que han establecido las oportunas reservas. Por tanto, tengan el valor jurídico de contexto en el sentido del artículo 31 de la Convención de Viena o el valor de simple consenso, los Comentarios al Convenio Modelo son un elemento relevante en orden a encauzar la cuestión que nos ocupa.

(2) Tomado de SANDLERS, págs. 55 y 56.

A diferencia del Convenio Modelo y sus Comentarios, los informes aprobados por el Comité de asuntos fiscales de la OCDE no pueden tener otro valor que el de una opinión de expertos sobre una materia determinada.

Teniendo en cuenta lo expuesto, vamos a resumir, en primer lugar, los criterios contenidos en el informe titulado *L'évasion et la fraude fiscales internationales*, aprobado en abril de 1987, y, en segundo lugar, los establecidos en los Comentarios al Convenio Modelo de 1992.

3.2. Los convenios bilaterales de doble imposición y la utilización de las sociedades de pantalla.

En lo sucesivo resumiremos los criterios contenidos en la página 78 y siguientes del informe anteriormente aludido.

La doctrina o, por mejor decir, los criterios de la OCDE constituyen, esencialmente, una crítica al argumento según el cual las normas sobre transparencia fiscal internacional implican, implícitamente, el desconocimiento de la «sociedad de pantalla» en cuanto persona jurídica, lo que, se alega, es contrario al espíritu de los convenios. Este argumento, desde otra perspectiva, sostiene que la suscripción de un convenio implica que las partes contratantes reconocen la personalidad jurídica de las entidades residentes en uno y otro país, de lo que se derivaría una regla de reparto de tributación, según la cual cada país grava a sus residentes exclusivamente y a los residentes del otro país cuando obtienen rentas en su territorio.

La OCDE no comparte dicho criterio en virtud de los siguientes argumentos:

a) Desde el punto de vista técnico, afirma la OCDE que las normas sobre transparencia fiscal internacional (*dispositions défensives*) pueden imputar las actividades y por lo tanto las rentas de la «sociedad de pantalla» al accionista, lo que no es contrario a las convenciones fiscales. Cuando las disposiciones no tienen por efecto que gravar un dividendo presunto, la tributación cumple perfectamente con los límites de los derechos de imposición reconocidos al país de residencia del contribuyente relativos a la tributación de los dividendos (arts. 10, 23 A y B del Convenio Modelo).

Este argumento de la OCDE es básico. En efecto, desde nuestro punto de vista, el problema de la compatibilidad entre las normas sobre transparencia fiscal internacional y los convenios bilaterales para evitar la doble imposición debe resolverse atendiendo a la materia objeto de regulación de uno y otro conjunto normativo.

Los convenios bilaterales tienen por objeto, según la propia OCDE (Comentario núm. 16 de la Introducción), eliminar la doble imposición, prevenir el fraude fiscal y evitar la discriminación, a cuyo efecto definen las competencias de cada uno de los dos Estados contratantes en materia de la imposición sobre la renta y la fortuna y las modalidades de supresión de la doble imposición jurídica internacional (Comentario núm. 17 de la Introducción).

Los convenios bilaterales definen, habitualmente en su artículo 3, el concepto de persona, puesto que se aplican en relación a las rentas obtenidas por las personas residentes en ambos países contratantes, y, en la definición referida, quedan usualmente comprendidas «las personas físicas, las sociedades y las agrupaciones de personas», entendiéndose por sociedad, generalmente, «toda persona moral o toda entidad que está considerada como una forma moral a los fines de la imposición» (art. 3 del Convenio Modelo).

Ahora bien, dicho precepto tiene una finalidad precisa: delimitar el círculo de sujetos pasivos a los que les será de aplicación el convenio bilateral. Los sujetos pasivos que sean sociedades, de acuerdo con lo previsto en el convenio, estarán sujetos a las disposiciones contenidas en el mismo, disfrutando de los derechos y cumpliendo las obligaciones dimanantes de dichas disposiciones. Así, las rentas que obtengan en el país en el que no residen sólo podrán ser gravadas en la forma que establece el convenio y respecto de las mismas se aplicarán las normas previstas para evitar la doble imposición. Pero esto no coarta la libertad de cada país contratante de regular la tributación de sus residentes cualquiera que sea el lugar de donde deriven las rentas de los mismos. Cada país contratante se obliga a gravar, incluso eximir, de una determinada manera las rentas obtenidas en su territorio por los residentes del otro país y, en relación con las rentas obtenidas por sus residentes en dicho país, a aplicar las normas convenidas para evitar la doble imposición. Cumplidas dichas obligaciones, salvo que el convenio establezca otra cosa, cada país contratante es libre de ejercer sus competencias en materia tributaria en relación a sus residentes con plena libertad. En este sentido, si un *trust*, por ejemplo, tiene la consideración de «sociedad» a los efectos del convenio, dicho *trust* tendrá derecho a que las rentas que obtenga en el otro país contratante se graven de acuerdo con lo previsto en el convenio y a disfrutar de los sistemas para evitar la doble imposición, pero los referidos derechos no impedirán la vigencia de las normas que disciplinan la tributación de los partícipes del *trust* residentes en el otro país contratante, cualquiera que sea ésta. Estos partícipes, en cuanto perciban beneficios del *trust* sí tendrán derecho a que el país en el que reside el *trust* grave dichas distribuciones según lo previsto en el convenio (generalmente art. 10 sobre dividendos), y a que el país en el que residen aplique las normas del convenio para evitar la doble imposición, pero, desde luego, no tendrán derecho a impedir la aplicación de las normas, antes mencionadas, relativas a la tributación de los partícipes de los *trust* existentes en el país en el que residen.

Tanto el *trust* como sus partícipes tienen derecho a la fiscalidad que dimana de las normas del convenio en relación a las rentas de fuente extranjera: tributación limitada o nula en el país de la fuente y eliminación o atenuación de la doble imposición. Nada más. Por tanto, nada se opone en el convenio a que el país en el que residan los partícipes de un *trust* constituido en el otro país contratante tributen por el sistema de imputación en relación a las rentas que obtiene el *trust*, con tal que dicha tributación no genere doble imposición. Obsérvese que esta tributación, propia de las normas sobre transparencia fiscal internacional, no perjudica los derechos, ni del *trust* ni de los partícipes, dimanantes del convenio. En efecto, los partícipes conservan sus derechos a una tributación reducida o nula en el país de la fuente y a la eliminación de la doble imposición y lo mismo podemos decir respecto del *trust*.

En suma, debemos desestimar el criterio según el cual la aplicación del convenio a las sociedades de un determinado país contratante implica que dichas sociedades han sido reconocidas en cuanto personas jurídicas y que, por lo tanto, los beneficios obtenidos por las mismas no serán gravables sino cuando se distribuyan. La aplicación del convenio a las sociedades o personas jurídicas de un país contratante únicamente significa que dichas entidades tienen derecho a que se les aplique lo previsto en el convenio de que se trate, de modo que si en dicho convenio se establece que los partícipes de las mismas no pueden ser gravados por las rentas que obtienen sociedades residentes en el otro país contratante sino cuando y sólo cuando dichas rentas se distribuyan, entonces las normas sobre transparencia fiscal internacional no podrán aplicarse en relación a dichos partícipes.

b) Desde el punto de vista de la política fiscal, afirma la OCDE que las normas sobre transparencia fiscal internacional no hacen sino atacar prácticas fraudulentas. Estas maniobras, y las posibilidades de diferimiento indefinido del impuesto que de las mismas se deriva no están protegidas por los convenios bilaterales, ya que éstos no han tenido jamás por objeto impedir a los países contratantes preservar la equidad y la neutralidad de su legislación fiscal.

El precedente argumento de la OCDE se basa en la función global de los convenios bilaterales: definir las competencias de los Estados concernidos para eliminar la doble imposición. Los convenios no pueden, en modo alguno, ser medio o palanca del fraude fiscal, de aquí que la OCDE concluya que no puede existir confrontación entre los mismos y una legislación que, como la relativa a la transparencia fiscal internacional, tiene por objeto proteger un principio básico de los sistemas tributarios, a saber, el gravamen de la renta mundial de los residentes.

El argumento de la OCDE, implica, evidentemente, un juicio de fondo respecto de la protección, por parte de las normas sobre transparencia fiscal internacional, del principio de tributación según la renta mundial. En este sentido, es fácil colegir que cuando las normas sobre transparencia fiscal internacional afectan a las «rentas pasivas» y a las actividades empresariales manifiestamente deslocalizadas por motivos fiscales, la validez del referido argumento no es disputable, pero sí lo será cuando las normas sobre transparencia fiscal internacional crucen el referido umbral.

c) Finalmente, argumenta la OCDE, que en tanto ciertos países consideren que tienen el derecho soberano de dotarse del sistema fiscal de su elección, cualesquiera que sean las consecuencias negativas para otros países, es necesario que estos países puedan conservar el derecho, igualmente soberano, que tienen de asegurar la equidad y neutralidad del sistema fiscal.

Este argumento tiene un contenido más bien político que técnico. No parece dudosa su validez desde el punto de vista político, pero la consecuencia natural del mismo es la abstención de suscribir convenios bilaterales para evitar la doble imposición con países que se libren a tales prácticas tributarias insolidarias. La cuestión no es, sin embargo, tan sencilla, porque países con regímenes tributarios normales e incluso que ejercen una presión fiscal acusada, pueden contener determinados refugios fiscales para atraer inversiones de no residentes o la centralización de actividades financieras y de dirección de los grupos multinacionales.

3.3. Criterios contenidos en los Comentarios al Convenio Modelo.

Los Comentarios del Convenio Modelo relativos a la transparencia fiscal internacional tienen su origen en el informe anteriormente referido. Los números 23, 24, 25 y 26 de los Comentarios sobre el artículo 1.º y los Comentarios números 37 y 38 al artículo 10 se refieren expresamente a las normas sobre transparencia fiscal internacional y su compatibilidad con los convenios bilaterales. Como veremos seguidamente, dichos comentarios son, en términos generales, favorables a la compatibilidad, pero siempre que se cumplan determinados requisitos.

El Comentario número 23 sienta el criterio general de compatibilidad, cuando afirma que «La gran mayoría de los países miembros de la OCDE estiman que estas reglas se refieren a las disposiciones fundamentales de la legislación nacional que determinan los hechos generadores del impuesto. Estas reglas no están cubiertas por los convenios bilaterales ni, por consiguiente, les afectan. A lo más, podría invocarse una violación del espíritu de la convención, en el supuesto en el que una sociedad, teniendo personalidad jurídica en el sentido de la convención, se encontraría prácticamente privada de toda actividad y de toda atribución de renta, y en el caso en el que los dos Estados contratantes adoptasen disposiciones conducentes a la doble imposición económica, de modo que la misma renta fuere gravada en dos contribuyentes diferentes. Una opinión disidente consiste en sostener que estas reglamentaciones (normas sobre transparencia fiscal internacional) deben ser conformes a las disposiciones generales de los convenios de doble imposición, sobre todo cuando la convención contiene cláusulas relativas a impedir su uso abusivo».

El Comentario número 24 es un complemento del Comentario precedente y lo refuerza, afirmando que «No es fácil conciliar las opiniones divergentes, tanto desde un punto de vista teórico como en la aplicación del procedimiento amistoso a casos particulares. El principal problema parece ser la cuestión de saber si los principios generales, tales como el de la primacía del fondo sobre la forma, son inherentes a las cláusulas de la convención, es decir, si se pueden aplicar en todos los casos, o solamente en la medida en la que son expresamente mencionados en los convenios bilaterales. Según una opinión disidente, el hecho de dar a las reglamentaciones internas la prioridad sobre las cláusulas de las convenciones para la determinación, en relación al impuesto, del beneficiario de una renta transferida a una sociedad de pantalla tendría por efecto debilitar la protección de los contribuyentes contra la doble imposición (por ejemplo cuando por el hecho de la aplicación de estas reglas, las rentas de una sociedad de pantalla son gravadas en el país de residencia de los accionistas aun cuando la sociedad de pantalla no posea allí establecimiento permanente). Sin embargo, una gran mayoría estima que estas reglas (transparencia fiscal internacional) y los principios sobre los cuales descansan no necesitan ser confirmados en el texto de una convención para ser aplicables».

Los Comentarios números 23 y 24 sugieren, aunque no de manera concluyente, que las normas sobre transparencia fiscal internacional son perfectamente aplicables mediando un convenio para evitar la doble imposición internacional, pero, como veremos seguidamente, los Comentarios números 25 y 26 establecen importantes restricciones al respecto.

En efecto, en el Comentario número 25 se dice que «Aunque tales disposiciones dirigidas contra el abuso (normas sobre transparencia fiscal internacional)... está admitido que los países miembros deben respetar escrupulosamente las obligaciones específicas que resultan de las convenciones bilaterales en tanto que no exista prueba evidente de un uso abusivo de las convenciones. Además, parece deseable que las disposiciones dirigidas contra los abusos sean conformes al espíritu de las convenciones bilaterales para evitar la doble imposición. Cuando el contribuyente respeta estas disposiciones, podría, además, ser deseable concederle la protección debida a la existencia de una red de convenciones». Y, más concretamente, el Comentario número 26 precisa que «La mayoría de los países miembros de la OCDE aceptan las disposiciones dirigidas contra el abuso como un medio necesario para preservar la equidad y la neutralidad de las legislaciones fiscales nacionales en un entorno internacional caracterizado por una gran desigualdad de los niveles de imposición, pero estas disposiciones no deben ser utilizadas sino a este fin. Sería contrario a los principios generales sobre los cuales está fundado el modelo de convención de la OCDE así como al espíritu de las convenciones fiscales en general, extender estas disposiciones a actividades tales como la producción, las prestaciones normales de servicios o el comercio, ejercidos de manera efectiva por sociedades comprometidas en una actividad real, cuando esas actividades están integradas inequívocamente en el entorno económico del país en el que la sociedad reside y dichas actividades son ejercidas de tal manera que no se puede sospechar evasión fiscal alguna. Las medidas dirigidas contra el abuso no deben aplicarse a los países en los cuales el nivel de imposición es comparable a aquel del país de residencia del contribuyente».

Los criterios contenidos en los Comentarios son de diferente naturaleza y fuerza, pero, en su conjunto, revelan una posición favorable a la compatibilidad entre los convenios bilaterales y las normas sobre transparencia fiscal internacional, si bien de manera matizada. Seguidamente resumimos la doctrina de la OCDE:

a) Las normas sobre transparencia fiscal internacional determinan hechos imposables que afectan a los residentes, de manera que las mismas no entran en conflicto con los convenios bilaterales (Comentario núm. 23).

Éste es el argumento de mayor peso. No hay conflicto porque ambos conjuntos normativos regulan materias diferentes. Los convenios bilaterales regulan la tributación de los no residentes y las normas sobre transparencia fiscal internacional la de los residentes.

b) Las normas sobre transparencia fiscal, no obstante lo expuesto en el apartado anterior, no respetarían el espíritu de los convenios bilaterales si fueran determinantes de doble imposición (Comentario núm. 23).

Este argumento es incontestable. El espíritu de los convenios bilaterales se vería burlado en cuanto que siendo su principal objetivo eliminar o paliar la doble imposición, las normas sobre transparencia fiscal internacional fueran determinantes de la misma.

Es cierto, no obstante, que la eliminación de la doble imposición no es el único objetivo de los convenios bilaterales. En efecto, el Comentario número 16 de la Introducción afirma que «... el Modelo de Convenio trata no sólo sobre la eliminación de la doble imposición sino también sobre otras cuestiones tales como la prevención del fraude fiscal y la no discriminación...». Ahora bien, el fundamento del convenio bilateral continúa siendo la eliminación de la doble imposición, por muy importantes que puedan ser, y lo son, los otros dos objetivos.

Por consiguiente, si las normas sobre transparencia fiscal internacional implican la creación de supuestos de doble imposición es obvio que van contra el espíritu del convenio, aun cuando dichos supuestos no fueran objeto específico del convenio.

El argumento de la OCDE no puede entenderse a modo de rechazo de las normas sobre transparencia fiscal internacional cuando medie un convenio, sino, por el contrario, como declaración de compatibilidad condicionada al cumplimiento de un requisito, a saber, que dichas normas no generen doble imposición.

El núcleo de la cuestión reside, por tanto, en establecer si las normas sobre transparencia fiscal internacional crean o no supuestos de doble imposición. En este sentido, y en términos generales, podemos entender que no existirá doble imposición cuando:

- Las rentas obtenidas por la entidad no residente estén exentas y dicha exención, además, no traiga su causa de la eliminación de la doble imposición económica o jurídica internacional, o
- Las normas sobre transparencia fiscal internacional permiten la deducción de los impuestos soportados en el extranjero por las rentas sometidas a inclusión.

Debemos observar que la tributación débil no debe reputarse exención, pues aun cuando tal vez insignificante, es lo cierto que dicha tributación genera doble imposición. Por eso, la compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional con los convenios bilaterales no debe apoyarse en la exigencia de una tributación privilegiada como elemento desencadenante de su aplicación, sino en la existencia de los mecanismos oportunos para eliminar la doble imposición.

c) Algunos países, con carácter minoritario, estiman que las normas sobre transparencia fiscal internacional no deben ser aplicadas en caso de mediar convenio bilateral, sobre todo cuando el convenio contiene cláusulas para evitar su uso abusivo (Comentario 23).

Este argumento, recogido en el último párrafo del Comentario número 23, es aducido por los países que la propia OCDE denomina disidentes. El argumento se basa en que las «sociedades de pantalla» implican un uso abusivo del convenio que deberá ser superado mediante las cláusulas que el propio convenio contenga al efecto, pero no mediante la aplicación de unas normas internas específicas, a saber, las relativas a la transparencia fiscal internacional.

El punto débil del argumento radica en que las «sociedades de pantalla» probablemente impliquen un uso abusivo del convenio bilateral, pero también, y esto es lo más importante, son el instrumento para burlar una fiscalidad basada en el principio de tributación según la renta mundial de los residentes. Son pues normas de Derecho interno antes que normas convencionales las quebrantadas por las estrategias que pivotan en las «sociedades de pantalla», de aquí que difícilmente las cláusulas antiabuso contenidas en los convenios bilaterales sean apropiadas para regularizar estas situaciones fraudulentas. Ni las normas sobre transparencia fiscal internacional velan por impedir el uso abusivo de los convenios ni las cláusulas antiabuso de los convenios velan por impedir el quebrantamiento de las normas internas.

No es de extrañar, por tanto, que el argumento que venimos comentando sea minoritario y que la gran mayoría de los países miembros de la OCDE estimen que las normas sobre transparencia fiscal internacional no tienen necesidad de ser confirmadas en el texto del convenio bilateral para ser aplicables.

d) Los principios y las normas constitutivas de la transparencia fiscal internacional no tienen necesidad de ser confirmadas en el texto del convenio bilateral para ser aplicables, a juicio de la mayoría de los países de la OCDE (Comentario núm. 24).

Este argumento, que, como ya sabemos, culmina el análisis del Comentario número 24 respecto de la posición de los países minoritarios, es de suma importancia práctica. A su tenor, no debemos buscar en el convenio bilateral la norma que habilite la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional sino aquella que pudiera explícitamente impedirlo. Sólo en caso de existir esa norma se produce la incompatibilidad y la inaplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional.

Subyace a este argumento la aceptación de que las normas sobre transparencia fiscal internacional no impiden la correcta aplicación de los convenios bilaterales, con tal que no generen doble imposición. De modo que es correcto afirmar que el convenio debe ser aplicado siempre, incluso con valor jurídico prevalente sobre las normas internas, como sería el caso de Francia y España, pero de ello no se deriva la inaplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional, cuya aplicación no restringe la de los convenios bilaterales, bajo la reiterada hipótesis de que no generen doble imposición.

e) Las normas sobre transparencia fiscal internacional no son incompatibles con el espíritu de los convenios bilaterales, pero los países deben respetar escrupulosamente las obligaciones que derivan de dichos convenios en tanto que no exista prueba evidente de un uso abusivo y también el espíritu de dichos convenios (Comentario 25).

El argumento tiene una doble vertiente. En primer lugar, una declaración genérica de compatibilidad entre los convenios bilaterales y las normas sobre transparencia fiscal internacional. En segundo lugar, una declaración incondicionada de que deben respetarse las obligaciones que se derivan de los convenios bilaterales.

Ambas declaraciones, formuladas conjuntamente, presuponen la compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional con los convenios bilaterales, ciertamente, pero también que la «sociedad de pantalla», por así ser calificada por la legislación interna de un país contratante, y sus partícipes no pierden el derecho a la aplicación del convenio bilateral. Así, si dicho convenio bilateral prevé topes de imposición respecto de los dividendos distribuidos, dichos topes serán aplicables a los beneficios distribuidos por las «sociedades de pantalla», y si prevé un método para eliminar la doble imposición económica internacional dicho método también deberá ser aplicado respecto de las rentas imputadas a los socios o partícipes. Pero es más, los mecanismos para evitar la doble imposición contenidos en los convenios bilaterales deben aplicarse de manera tal que el peculiar sistema de tributación derivado de la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional también disfrute de aquéllos.

Respetar escrupulosamente las obligaciones derivadas de un convenio bilateral que contenga topes de imposición en la fuente y métodos para evitar la doble imposición económica y jurídica en la residencia, implica, lisa y llanamente, que una renta no puede ser sometida a imposición dos veces. Y habrá doble imposición, por exiguo que sea el tipo de gravamen al que se someta la renta obtenida por la «sociedad de pantalla», cuando la referida renta se incluya en la base imponible de los socios o partícipes sin que se acuerde la aplicación del método contenido en el convenio para evitar o paliar la doble imposición, excepto, claro está, que resulte ser aplicable un método más beneficioso contenido en la legislación interna, señaladamente en las propias normas sobre transparencia fiscal internacional.

Por el contrario no es admisible el argumento según el cual las normas sobre transparencia fiscal internacional, por sí mismas, al gravar una renta que previamente ha sido gravada en sede de la «sociedad de pantalla» inevitablemente crean doble imposición y, por lo tanto, son incompatibles con los convenios bilaterales. En efecto este argumento omite que la citada doble imposición puede ser superada mediante los métodos establecidos al efecto. La doble imposición se consume cuando una renta se somete a gravamen dos veces y no se aplican los mecanismos pertinentes para evitar la doble imposición.

f) Las normas sobre transparencia fiscal internacional serían contrarias a un convenio bilateral si afectasen a actividades empresariales realizadas efectivamente en el país o territorio en el que reside la entidad afectada (Comentario 26).

Este criterio de la OCDE aparentemente supone una excepción del criterio según el cual las normas sobre transparencia fiscal internacional afectan a los residentes, de manera tal que por esa sola cualidad jamás puedan entrar en conflicto con los convenios bilaterales. En efecto, la tributación de las personas o entidades residentes por razón de las rentas obtenidas y no distribuidas por entidades no residentes controladas, tiene por objeto proteger un principio básico de la tributación de los no residentes, a saber, el principio de renta mundial. Ahora bien, el principio de renta mundial únicamente es vulnerado cuando la entidad no residente controlada es perceptora de rentas pasivas o realiza actividades deslocalizadas por motivos fiscales, de aquí que cuando la entidad no residente realiza otro tipo de actividades, entiende la OCDE que sus rentas no deberían ser el objeto de las normas sobre transparencia fiscal internacional.

Puede apreciarse, por lo tanto, que no existe contradicción entre ambos criterios de la OCDE, sino plena armonía. Las normas sobre transparencia fiscal internacional tratan de evitar las prácticas abusivas contra el principio de renta mundial, principio este que se refiere a la tributación de los residentes, y dichas prácticas abusivas no existen cuando la entidad no residente tiene una presencia real en el país en el que reside.

La OCDE es bastante cauta en lo concerniente a perfilar los requisitos determinantes de una presencia efectiva:

- Las actividades deben consistir en la producción, prestación normal de servicios, comercio, y asimilados.
- Las actividades deben ser ejercidas por la entidad de manera real y efectiva.
- Las actividades deben estar integradas de manera inequívoca en los mercados del país de residencia.

g) Las normas sobre transparencia fiscal internacional no deben aplicarse en relación a los países en los que el nivel de imposición es comparable al del país de residencia del contribuyente (Comentario 26).

Este criterio de la OCDE admite dos interpretaciones, según que el nivel de imposición se refiera al sistema tributario en su conjunto o a la sociedad que obtiene las rentas susceptibles de inclusión.

Literalmente el texto del comentario se refiere al nivel de imposición del sistema tributario o, cuando menos, al nivel de imposición de los impuestos contemplados en el convenio bilateral de que se trate. Pero esta interpretación literal no es satisfactoria porque países cuyo nivel de imposición es normal o inclusive elevado, pueden establecer regímenes tributarios privilegiados para atraer determinado tipo de actividades que, en cuanto no fueran de naturaleza empresarial sino puramente pasivas pueden, según la propia doctrina de la OCDE, ser objeto de las normas sobre transparencia fiscal internacional.

Así lo entiende, por ejemplo, el Reino Unido, quien incluye en la «lista gris» a Bélgica, respecto de las *foreign sales corporations* y de los «centros de coordinación»; Países Bajos, respecto de las *foreign sales corporations*; Portugal, respecto de determinadas sociedades que gozan de ciertos beneficios fiscales señaladamente los relativos a las zonas francas de Madeira y Azores; Estados Unidos, respecto de las «sociedades internacionales de ventas»; Irlanda, respecto de determinadas sociedades que disfrutaban de beneficios fiscales y España, respecto de las sociedades que disfrutaban de determinadas deducciones por inversiones.

4. Examen de la cuestión en nuestro ordenamiento jurídico.

4.1. Valor de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición.

En nuestro ordenamiento jurídico el valor de los tratados internacionales está regulado en el artículo 96 de la Constitución: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

De acuerdo con el precepto transcrito, parece claro que las normas sobre transparencia fiscal internacional no pueden derogar, suspender ni modificar la aplicación de los convenios bilaterales existentes a la fecha de su entrada en vigor, de modo que si existiera un conflicto entre ambos conjuntos normativos -convenio y normas sobre transparencia fiscal internacional- prevalecerían los convenios bilaterales.

Los convenios bilaterales anteriores a las normas sobre transparencia fiscal internacional se aplicarían preferentemente, aun cuando entraran en conflicto con dichas normas, porque no pueden ser derogados, suspendidos ni modificados por disposiciones legales ni reglamentarias.

Los convenios bilaterales posteriores, en cuanto integrantes del ordenamiento interno, impedirán la aplicación de una norma anterior perteneciente al mismo ordenamiento que pudiera entrar en conflicto con los mismos.

La conclusión a la que llegamos es que, en caso de conflicto, prevalecerá lo dispuesto en los convenios bilaterales sobre las normas relativas a la transparencia fiscal internacional.

Lo decisivo, por tanto, es constatar si existe o no el referido conflicto.

4.2. Las previsiones legales sobre la materia.

El artículo 10, Dos de la Ley 42/1994 prevé que «Lo establecido en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en los tratados y convenios internacionales que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno...».

El texto legal parcialmente transcrito, que fue incorporado mediante una enmienda en el Senado, adolece de una notable ambigüedad.

Hay quienes entienden que el mandato legal implica, lisa y llanamente, la imposibilidad de aplicar las normas sobre transparencia fiscal internacional frente a entidades residentes en países con los que España ha suscrito convenios para evitar la doble imposición.

Esta tesis no es, según nuestro entender, aceptable, porque el precepto no ordena tal cosa sino algo bien distinto, a saber, que en el supuesto en que las normas de un convenio bilateral regulasen de manera diferente cualquier materia de las contenidas en el artículo 10, y también en el 2 de la Ley 42/1994 se aplicarán las normas de los convenios.

Así, por ejemplo, la determinación del lugar de residencia de la entidad controlada deberá hacerse aplicando las normas del convenio que resulte aplicable y los impuestos deducibles de la cuota íntegra serán los que resulten del convenio de que se trate, si de ello se deriva una deducción superior, entre otros efectos.

Nuestro criterio se ve reforzado por la justificación del texto normativo propuesto en la enmienda: «Adaptar el precepto a la legislación vigente».

La referida justificación es clarificadora no tanto por lo que dice sino por lo que calla. En efecto calla algo esencial y que habría resuelto la controversia: que las normas sobre transparencia fiscal internacional no sean aplicables en caso de convenio para evitar la doble imposición.

Lo que dice es, ampliamente hablando, o bien una declaración vacía o bien un dislate jurídico.

En efecto, «adaptar una norma a la legislación vigente», tiene sentido en relación a la subordinación de las normas reglamentarias respecto de las legales, pero no lo tiene en relación a las normas legales que, dado su rango, no se «adaptan a la legislación vigente» sino que la modifican o innovan.

Late, debajo de la ambigüedad del precepto y de la endeble justificación del mismo, el conflicto de intereses que desató la iniciativa gubernamental al presentar ante el órgano legislativo las normas sobre transparencia fiscal internacional.

Pero sea cual fuere la causa de la ambigüedad, siempre lamentable, de la norma legal, es bastante claro que de la misma no puede, ni mucho menos, derivarse la no aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional en el caso de países con convenio bilateral.

El debate parlamentario de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, arroja nuevos elementos para interpretar los preceptos que nos ocupan. En efecto, la enmienda número 374 al artículo 121.12 del Proyecto de Ley del Impuesto sobre Sociedades que, como veremos más adelante, reproduce, aunque de forma no estrictamente igual, lo previsto en el artículo 10, Dos de la Ley 42/1994, proponía añadir el siguiente texto:

«En consecuencia, el presente artículo no será de aplicación a las entidades no residentes en países con los que no exista Tratado o Convenio Internacional, para evitar la doble imposición, salvo que dichas entidades se encuentren exceptuadas del ámbito del Convenio».

En la justificación de la enmienda se señalaba que la formulación genérica del apartado 12 del artículo 121 podía ocasionar «diferencias interpretativas» y que «...cuando existe Convenio de Doble Imposición, es en el ámbito del Convenio donde se deben resolver los problemas originados por la regulación fiscal de dicho país... pero, en cambio, dicha transparencia fiscal internacional no debiera aplicarse a entidades protegidas por un Convenio de Doble Imposición...».

El enmendante conocía bien el problema y la fórmula adecuada, entre las varias existentes, para resolverlo. Porque, en efecto, la enmienda referida se planteaba como alternativa a una enmienda (núm. 364) en la que se proponía que la entidad no residente en territorio español debía hallarse establecida «...en un territorio que por sus características sea calificado reglamentariamente como paraíso fiscal», y a otra enmienda en la que, igualmente alternativa a la 364 (enmienda núm. 365), se proponía como requisito de aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional, «que la entidad... no tenga su residencia fiscal en un país de la Unión Europea o que haya firmado con España un Convenio para evitar la doble imposición». La justificación de esta última enmienda era particularmente clara: «Limitar la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional a las entidades residentes en países sin Convenio. Introducir mejoras técnicas».

Pues bien, las referidas enmiendas no fueron aprobadas, lo que puede ser interpretado en diversos sentidos. Desde la expresa voluntad del legislador de aplicar las normas sobre transparencia fiscal internacional sin restricción alguna por razón de la existencia de un convenio bilateral para evitar la doble imposición, hasta la mera derrota de unas proposiciones implícitas en el apartado 12 del artículo 121 del Proyecto de Ley.

Sea lo que fuere realmente, lo que sí parece claro es que la aplicación o inaplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional en caso de mediar un convenio bilateral para evitar la doble imposición no puede dirimirse a través de la interpretación de los artículos 2.12 y 10.12 de la Ley 42/1994.

El panorama no ha cambiado, básicamente, tras la entrada en vigor de la Ley 43/1995. En efecto, el artículo 121.13 se limita a afirmar que «Lo establecido en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en los artículos 3...». El artículo 3 establece que «Lo previsto en el artículo anterior se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y convenios...», y el artículo referido, es decir, el 2, prevé que el Impuesto sobre Sociedades se aplique en todo el territorio español. Nada nuevo en relación al artículo 10.12 de la Ley 42/1994. Continúa la ambigüedad y, por lo tanto, la imposibilidad de extraer del artículo 121.13 de la Ley 43/1994 unos criterios válidos para resolver el problema que nos ocupa.

4.3. Tesis del abuso del Convenio.

La notable oscuridad de los artículos 10.12 y 2.12 de la Ley 42/1994 y del artículo 121.13 de la Ley 43/1995, ha dado lugar a interesantes desarrollos doctrinales.

ESTANISLAO RODRÍGUEZ-PONGA (3) desarrolla una brillante doctrina fundamentada en la idea del abuso del convenio. A su entender, las normas sobre transparencia fiscal internacional podrían ser aplicadas si se demuestra que se ha producido un abuso de convenio, esbozando, a estos efectos, una tipología del abuso del convenio, que brevemente resumimos.

Distingue el referido autor entre «entidades patrimoniales extranjeras» y «entidades creadas para la extracción de bases imponibles españolas».

Respecto de las «entidades patrimoniales extranjeras», a su vez, distingue tres casos diferentes según cuál sea el destino de la inversión:

- Si el destino de la inversión es España, aunque se utilice una sociedad intermedia domiciliada en un país con convenio, resultará aplicable la transparencia fiscal internacional, porque el convenio es utilizado de forma abusiva para reducir impuestos españoles.
- Si el destino de la inversión es el propio país de residencia de la entidad extranjera, el convenio impediría la transparencia fiscal internacional porque se trataría de unas rentas cuya soberanía corresponde al país de la residencia de la entidad.
- Si el destino de la inversión es un tercer país, la existencia o no del abuso del convenio, dependerá de cada caso concreto.

Respecto de las «entidades creadas para la extracción de bases imponibles españolas»:

- Si se utiliza una sociedad residente en un país con convenio para extraer bases imponibles españolas y canalizarlas hacia sociedades residentes en paraísos fiscales, se produciría un abuso del convenio y podrían aplicarse las normas sobre transparencia fiscal internacional.
- Si los beneficios no son objeto de facturación a un tercer país, sino que son susceptibles de integrar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la entidad no residente, no existe abuso de convenio y, por lo tanto, no pueden aplicarse las normas sobre transparencia fiscal internacional.

(3) «Comentarios sobre la nueva transparencia fiscal internacional». *Impuestos* núm. 15-16.

- Si los beneficios se extraen del segundo país mediante la facturación de una entidad domiciliada en un tercer país, con convenio con el anterior, pero sin convenio con España, también estamos ante una situación de abuso de convenio.

Hasta aquí los criterios del autor citado, que podemos resumir en dos ideas:

- En relación a las «entidades patrimoniales extranjeras» hay abuso de convenio y, por lo tanto, se aplicará la transparencia fiscal internacional, cuando el destino de la inversión sea España.
- En relación a las «entidades creadas para la extracción de bases imponibles españolas», hay abuso de convenio, y, por lo tanto, se aplicará la transparencia fiscal internacional cuando la entidad residente en el país con convenio sea utilizada para conducir las rentas en cuestión hacia países o territorios que son paraísos fiscales o con los que España no ha suscrito un convenio para evitar la doble imposición.

La posición del autor referido se basa en un determinado concepto del abuso del convenio o, por mejor decir, del uso abusivo de los convenios bilaterales, que no podemos compartir.

En efecto, dicho concepto se constriñe a las denominadas «sociedades conductoras», fundamentalmente, dejando ignorado el papel que las «sociedades de pantalla» juegan en el complejo mundo de los artificios jurídicos para abusar de los convenios directamente o para vulnerar disposiciones del ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, los Comentarios al Convenio Modelo de la OCDE son bastante ilustrativos del ámbito del abuso de las convenciones bilaterales. Así, el Comentario número 22, al artículo 1.º del Convenio Modelo, bajo la rúbrica general «uso incorrecto de la convención», establece que «otras formas de utilización abusiva de las convenciones fiscales (por ejemplo la utilización de una sociedad de pantalla) han sido igualmente analizadas así como los medios que podrían ser utilizados a este respecto tales como las reglas acordando la primacía del fondo sobre la forma y las disposiciones tipo subsección F (transparencia fiscal internacional)».

4.4. Tesis de la aplicación de la doctrina de la OCDE.

Consiste dicha tesis en confrontar las normas sobre transparencia fiscal con los requisitos que, respecto de las mismas, se desprenden de la doctrina de la OCDE. Según expusimos en un apartado anterior, los requisitos referidos son los siguientes:

- Las normas sobre transparencia fiscal internacional no deben producir doble imposición.
- Las normas sobre transparencia fiscal internacional no deben afectar a actividades empresariales realizadas efectivamente en el país o territorio en el que resida la entidad afectada.
- Las normas sobre transparencia fiscal internacional no deben aplicarse en caso de nivel de imposición semejante.

Respecto de la primera exigencia o requisito entendemos que las normas sobre transparencia fiscal internacional, tanto por lo que se refiere a los sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 2.º, Ocho de la Ley 42/1994), como por lo que se refiere a los sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades (art. 10, Ocho de la Ley 42/1994 y art. 121.9 de la Ley 43/1995) contienen las medidas pertinentes para evitar la doble imposición internacional, jurídica y económica.

Tan sólo en el supuesto en que la entidad participada resida en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal, las normas sobre transparencia fiscal internacional generan doble imposición.

Las normas sobre transparencia fiscal internacional han sido, en este punto, exquisitamente cuidadosas, de tal manera que no pueden sufrir el reproche de ser generadoras de doble imposición.

En lo que concierne al segundo requisito, debemos notar que las normas sobre transparencia fiscal internacional versan sobre rentas de titularidad o «rentas pasivas» y sobre rentas empresariales intragrupo generadoras de gastos en entidades vinculadas y residentes en territorio español.

Son las rentas citadas en segundo lugar, es decir, las de carácter empresarial realizadas intragrupo, las que, tal vez, podrían entrar en conflicto con la doctrina de la OCDE. En nuestro criterio, si las operaciones (préstamos, servicios, seguros) son realizadas para establecimientos permanentes de la entidad residente vinculada, situados en el país o territorio en que reside la entidad participada, las normas sobre transparencia fiscal internacional son claramente contrarias a la doctrina de la OCDE, excepto que la entidad en cuestión realice una mera refacturación en relación a las operaciones referidas. En el resto de los supuestos, excepto que pudiera probarse una presencia efectiva de la entidad participada en el país o territorio en que reside, estamos, básicamente, ante actividades empresariales ficticias porque no generan rentas para el grupo sino que están diseñadas para trasladar rentas hacia entidades de baja tributación. Téngase en cuenta, además, que las rentas obtenidas en operaciones frente a terceros, cualquiera que fuere su importe, no se incluirán en la base imponible de las personas o entidades residentes en territorio español.

Finalmente, en lo relativo al nivel de tributación, debemos recordar que las normas sobre transparencia fiscal internacional únicamente se aplican cuando la entidad no residente participada disfruta de un régimen tributario privilegiado objetivamente definido.

De lo expuesto se deduce que la regulación de la transparencia fiscal internacional es respetuosa con los requisitos que la doctrina de la OCDE ha explicitado a los efectos de entender compatible dichas normas con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición.

4.5. Tesis del levantamiento del velo de la personalidad.

El último párrafo del Comentario número 25 de la OCDE al artículo 1 del Modelo de Convenio afirma, como ya sabemos, que «Cuando el contribuyente respeta estas disposiciones, podría ser conveniente concederle la protección debida a la existencia de una red de convenios».

¿A qué red de convenios se refiere el Comentario? Aunque no es claro el sentido del Comentario, parece que dicha «red de convenios» es la que hubiera sido de aplicación si las rentas imputadas hubieran sido obtenidas de manera directa por el socio de la «sociedad de pantalla». Por tanto, la «red de convenios» estará determinada en función del origen de las rentas obtenidas por la «sociedad de pantalla» que son objeto de imputación.

De ser cierta nuestra interpretación de la doctrina de la OCDE, se advierte que la misma engarza perfectamente con la teoría del levantamiento del velo de la personalidad. Según esta teoría, las rentas obtenidas formalmente por la «sociedad de pantalla» corresponden a los socios que, por esta razón, deben soportar la imputación.

La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad probablemente sea la más idónea para explicar la transparencia fiscal internacional en el caso español pues, como ya sabemos, la inclusión en la base imponible se produce respecto de rentas determinadas, de modo que, en nuestro caso, la teoría del «dividendo presunto» no es la más idónea para explicar el mecanismo de tributación que desencadenan los artículos 2 y 10 de la Ley 42/1994 y el 121 de la Ley 43/1995.

Siendo esto así, la relación de las normas sobre transparencia fiscal internacional con los convenios bilaterales para evitar la doble imposición se clarifica notablemente. En efecto, dicha relación podemos resumirla en un principio escueto: la interposición de la sociedad transparente no debe beneficiar ni perjudicar al sujeto pasivo respecto de la tributación que hubiere correspondido en caso de obtener directamente las rentas que son objeto de inclusión en la base imponible.

Teniendo en cuenta que las normas sobre transparencia fiscal internacional someten a tributación rentas perfectamente tipificadas, la aplicación del referido principio no ofrecerá dificultades. Así, ante cada clase de renta en concreto, deberá examinarse el tratamiento que tiene en el convenio bilateral que vincula a España con el país del que procede la renta que, en ocasiones, podrá ser diferente del país en el que la entidad participada reside.

Si aplicamos los criterios anteriores a las distintas clases de rentas podemos establecer el esquema de relaciones entre la transparencia fiscal internacional y los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional.

a) *Rentas de la titularidad de bienes rústicos y urbanos.*

El artículo 6.º del Modelo de Convenio de la OCDE establece que «Las rentas que un residente de un Estado contratante obtiene de los bienes inmuebles situados en el otro Estado contratante, son imponibles en este último Estado».

El Estado de la fuente puede gravar la renta derivada de los bienes inmuebles aplicando las normas de su ordenamiento interno sin sujeción a limitación. El Estado de la residencia deberá, o bien eximir dichas rentas (art. 23 A del Modelo de Convenio) o bien gravarlas pero deduciendo el impuesto pagado en el Estado de la fuente de acuerdo con el método de imputación ordinaria (art. 23 B del Modelo de Convenio).

De acuerdo con las reglas expuestas, las rentas de la titularidad de bienes rústicos y urbanos pueden ser gravadas vía inclusión en la base imponible por aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional, pero dichas rentas o bien disfrutarán de exención, con o sin progresividad, o bien abrirán el derecho a la deducción del impuesto pagado en el extranjero por imputación ordinaria.

Naturalmente, si un determinado convenio otorgare el derecho a gravar las rentas de la propiedad inmueble con carácter exclusivo al país en el que los bienes inmuebles están situados se produciría una colisión entre las normas sobre transparencia fiscal internacional y dicho convenio, que debe resolverse en favor de este último puesto que, como ya hemos expuesto, las normas de los tratados internacionales prevalecen sobre las normas puramente internas.

Éste sería el caso del convenio con Austria, cuyo artículo 6.º establece que «Las rentas procedentes de los bienes inmuebles *sólo* pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que tales bienes estén situados».

En los restantes convenios España puede gravar las rentas procedentes de bienes inmuebles, debiendo aplicar, según los casos, el método de exención o el de imputación. En ambos casos las normas sobre transparencia fiscal internacional son aplicables, pero mediando el método de exención la inclusión en la base imponible de la persona o entidad residente en territorio español quedará enervada por la exención.

Así, por ejemplo, en el convenio Hispano-Alemán, el artículo 6.º establece que «Las rentas procedentes de los bienes inmuebles pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que tales bienes estén situados» y el artículo 23.2 a) que «las rentas... que, de acuerdo con las disposiciones del presente Convenio, pueden someterse a imposición en la República Federal están... exentas del impuesto español, pero para calcular el impuesto correspondiente a las restantes rentas... España puede aplicar el tipo impositivo que correspondería si tales rentas... no estuviesen exentas», de manera que las rentas de inmuebles situados en Alemania podrán incluirse en la base imponible de las personas o entidades residentes en territorio español por aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional pero dichas rentas disfrutarán de exención en los términos expuestos.

En el convenio Hispano-Estadounidense, el artículo 6.º establece que «Las rentas que un residente de un Estado contratante obtenga de bienes inmuebles (incluidas las rentas de explotaciones agrícolas y forestales) situados en el otro Estado contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado», y el artículo 24.1 a) que «Cuando un residente de España obtenga rentas que, con arreglo a las disposiciones de este Convenio, puedan someterse a imposición en los Estados Unidos en base a criterios distintos del de ciudadanía, España permitirá la deducción del impuesto sobre las rentas de ese residente de un importe igual al impuesto efectivamente pagado en los Estados Unidos», de manera que la renta de bienes inmuebles situados en los Estados Unidos podrá incluirse en la base imponible de las personas o entidades residentes en territorio español por aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional pero el impuesto pagado en los Estados Unidos deberá deducirse de la cuota íntegra de acuerdo con el método de imputación ordinaria.

b) Rentas derivadas de la participación de fondos propios de cualquier tipo de entidad.

Estas rentas son los dividendos, básicamente, y están contempladas en el artículo 10 del Modelo de Convenio, que atribuye la competencia para someterlas a tributación al país en el que reside el socio, autorizando un gravamen limitado al país en el que reside la entidad pagadora. La doble imposición que surge de esa forma de dividir la materia tributaria entre ambos Estados contratantes se salva mediante el método de imputación, es decir, incluyendo el dividendo en la base imponible del perceptor y deduciendo los impuestos pagados en el extranjero.

Es de advertir que los impuestos pagados en el extranjero a los que hacen referencia los artículos 23 A, 2 y 23 B, 1 son los que han sido pagados, bajo el límite antes expuesto, por causa de la distribución del dividendo. No se refieren dichas normas, por tanto, a los impuestos que gravan el beneficio de la entidad que distribuye el dividendo, si bien algunos convenios concretos también se refieren a este tipo de impuestos.

De acuerdo con las normas expuestas los dividendos obtenidos por la entidad no residente controlada podrán ser gravados vía inclusión en la base imponible de la persona o entidad residente en territorio español por aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional, pero dichas rentas abrirán el derecho a la deducción de los impuestos pagados en el extranjero.

De esta manera, la interposición de la entidad no residente controlada en el proceso de obtención de rentas es absolutamente irrelevante, cumpliéndose plenamente los efectos del levantamiento del velo de la personalidad.

Ahora bien, si un determinado convenio declarase que los dividendos no pueden ser gravados en el país de residencia del perceptor o que dichos dividendos se hallan exentos en dicho país, no podrían, en el primer caso, incluirse en la base imponible y en el segundo la inclusión quedaría enervada por la posterior exención.

Es importante subrayar que el convenio aplicable sería el que vincula a España con el país donde reside la entidad que distribuye el dividendo, y no el convenio que vincula a España con el país en el que reside la entidad participada.

Los convenios suscritos por España para evitar la doble imposición responden a las siguientes clases en relación al tratamiento de los dividendos:

- El dividendo se grava en cabeza del perceptor, quien tiene derecho a deducir los impuestos pagados con ocasión de su distribución.
- El dividendo se grava en cabeza del perceptor, quien tiene derecho a la deducción de los impuestos pagados con ocasión de su distribución y, además, a aplicar la deducción prevista en la legislación interna.
- El dividendo se grava en cabeza del perceptor, quien tiene derecho a la deducción de los impuestos pagados con ocasión de su distribución y también a la deducción del impuesto pagado por la sociedad filial respecto de los beneficios de los que procede el dividendo.

En relación a las normas sobre transparencia fiscal internacional son los convenios señalados en segundo lugar los que más problemas plantean, perteneciendo a esta clase de convenios los suscritos con Bélgica, Dinamarca, Canadá, Finlandia, Japón, Reino Unido, Suecia y Suiza.

Así, el convenio Hispano-Suizo establece que «Una sociedad residente de un Estado contratante que reciba dividendos de una sociedad filial residente del otro Estado contratante goza, respecto al impuesto del primer Estado relativo a estos dividendos, de las mismas ventajas que tendría si la sociedad filial que paga los dividendos fuera residente del primer Estado», y el convenio con el Reino Unido establece que «cuando en los beneficios de una sociedad residente de España se incluyan dividendos de una sociedad residente del Reino Unido, la primera sociedad tiene derecho a la misma deducción que se habría aplicado si ambas sociedades hubieran sido residentes en España».

Teniendo en cuenta que el sistema de deducción por doble imposición interna de dividendos intersocietaria determina, para participaciones iguales o superiores al 5 por 100, la exención de los mismos, se ha argumentado que en este caso la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional implican una violación del convenio bilateral en cuanto que pretenden la inclusión en la base imponible de una renta exenta según el convenio.

El argumento es consistente. La OCDE, por otra parte, en sus comentarios así lo advierte, como ya sabemos.

Puede sostenerse, por tanto, que las rentas obtenidas por la entidad no residente participada no deberán estar sometidas a transparencia fiscal internacional o que estándolo, deben disfrutar de una deducción por doble imposición de dividendos que las exonera de tributación, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- Que se trate de dividendos.
- Que dichos dividendos procedan de entidades participadas en más de un 5 por 100 y con un año de antigüedad.
- Que las entidades que los distribuyan residan en alguno de los países anteriormente referidos.

Nótese que el punto de conexión no es la residencia de la entidad controlada sujeta a transparencia fiscal internacional sino la residencia de la entidad que ha distribuido el dividendo percibido por aquella. Así, por ejemplo, un dividendo percibido por una entidad residente en Suiza distribuido por una entidad residente en los Estados Unidos no determina la aplicación del precepto anteriormente transcrito y, por tanto, no excluiría la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal en relación a las rentas de la entidad residente en Suiza. Por el contrario, un dividendo percibido por una entidad residente en Alemania procedente de una entidad residente en Suiza no debería ser objeto de la transparencia fiscal internacional, de acuerdo con el precepto anteriormente transcrito.

c) Rentas derivadas de la cesión a terceros de capitales propios.

El artículo 11 del Modelo de Convenio establece que los intereses provenientes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado son gravables en este último Estado, y también, de manera limitada, en el Estado del que proceden. Para evitar la doble imposición el artículo 23 A prevé la deducción del impuesto pagado en el Estado de la fuente de la cuota que corresponde pagar en el Estado en que reside el perceptor de los intereses, y lo propio prevé el artículo 23 B a través del método de imputación.

Pudiendo el Estado en que reside el perceptor de los intereses gravarlos ilimitadamente, sin más obligación que deducir de la cuota el impuesto pagado en el Estado en que reside el pagador, no parece que deba existir obstáculo alguno para que dichos intereses tributen mediante su inclusión en la base imponible de las personas o entidades residentes en territorio español, por aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional.

d) Plusvalías mobiliarias.

Las plusvalías derivadas de la transmisión de acciones o participaciones y obligaciones, en cuanto que se trata de plusvalías mobiliarias, únicamente son gravables en el Estado en el que reside la persona o entidad que las obtiene, de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.4 del Modelo de Convenio.

En consecuencia no existe obstáculo para gravar las rentas de tal naturaleza, obtenidas por la entidad participada no residente en territorio español, en sede las personas o entidades residentes en territorio español que la controlan, por aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional.

e) Plusvalías inmobiliarias.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 13.1 del Modelo de Convenio, las plusvalías inmobiliarias pueden ser gravadas en el país donde se halle situado el inmueble y por el país donde reside el receptor de las mismas, que, además, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 23 A y 23 B, deberá eliminar la doble imposición sea por el método de exención o por el de imputación.

Una vez más ha de observarse que, pudiendo el país en el que reside el receptor de la plusvalía someterla a gravamen, no existen obstáculos para aplicar a este tipo de rentas las normas sobre transparencia fiscal internacional.

No obstante, cuando el método para evitar la doble imposición en el respectivo convenio sea el de exención, las rentas no podrán incluirse en la base imponible de las personas o entidades residentes en territorio español en aplicación de la referida exención.

Así sucede en buena parte de los convenios suscritos por España, entre los que cabe citar a los suscritos con Francia, Alemania y Dinamarca.

f) Actividades crediticias, financieras, aseguradoras y de prestación de servicios.

Las referidas actividades generan, por lo común, beneficios de carácter empresarial. Por lo tanto, respecto de los mismos sería de aplicación el artículo 7 del Modelo de Convenio a cuyo tenor los beneficios de una empresa de un Estado contratante no son gravables sino en ese Estado, a menos que la empresa ejerza tal actividad por medio de un establecimiento permanente, en cuyo caso, los beneficios son gravables en el Estado contratante en el que se halle el establecimiento pero sólo en la medida en la que dichos beneficios son imputables al establecimiento permanente. El país en el que reside la persona o entidad titular del establecimiento permanente también puede gravar los beneficios imputables al mismo, pero está obligado a eliminar la doble imposición sea a través del método de exención (art. 23 A) o del método de imputación (art. 23 B).

Las rentas obtenidas por la entidad residente en el extranjero, derivadas de la realización de operaciones crediticias, financieras y de prestación de servicios a las personas o entidades vinculadas residentes en territorio español, pueden hallarse en dos situaciones. En primer lugar, pueden estar afectadas a dicha entidad de manera meramente formal o artificial, en cuanto que la actividad crediticia, financiera y de prestación de servicios no se realice efectivamente por dicha entidad, sino que, por el contrario, tal actividad se realice a través de la organización de medios humanos y materiales dependientes de la entidad matriz o de otras entidades pertenecientes al mismo grupo de sociedades. En segundo lugar, dichas rentas pueden haber sido efectivamente obtenidas por la entidad no residente en cuanto que la misma dispone de una organización suficiente y autónoma para realizar las actividades crediticias, financieras y de prestación de servicios.

En el primer caso, no existe ningún obstáculo para someter las rentas en cuestión a tributación en sede de las personas o entidades residentes en territorio español en virtud de las normas sobre transparencia fiscal internacional. Esto será lo habitual teniendo en cuenta que la inclusión en la base imponible únicamente se produce cuando la entidad no residente opera, básicamente, para las personas o entidades vinculadas residentes en territorio español.

En el segundo caso también puede producirse la inclusión en la base imponible de las rentas por aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional, pero si mediare un convenio bilateral para evitar la doble imposición que contuviere el método de exención respecto de las rentas de los establecimientos permanentes, dicho método enervaría la tributación derivada de las normas sobre transparencia fiscal internacional. Éste sería el caso de los convenios suscritos con Alemania, Francia, Dinamarca, Portugal y Países Bajos, entre otros.

g) Síntesis de la tesis del levantamiento del velo de la personalidad.

Teniendo en cuenta lo expuesto en los apartados anteriores es fácil establecer los criterios que se derivan de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad respecto de las relaciones entre los convenios bilaterales y las normas sobre transparencia fiscal internacional:

- El convenio bilateral a tomar en consideración es aquel que vincula a España con el país de donde procede la renta obtenida por la entidad no residente en territorio español controlada por personas o entidades residentes en territorio español, y no aquel que vincula a España con el país en que reside la referida entidad.
- Cuando, de acuerdo con el convenio de que se trate, una determinada renta solamente puede ser gravada por el país de la fuente, las normas sobre transparencia fiscal internacional no pueden aplicarse.
- Cuando, de acuerdo con el convenio de que se trate, una determinada renta puede ser gravada por el país de la fuente limitadamente y también por el país de residencia o solamente por este último, la norma sobre transparencia fiscal internacional puede, en principio, aplicarse.
- Cuando, de acuerdo con el convenio de que se trate, una determinada renta puede ser gravada por el país de la residencia, pero el método para evitar la doble imposición es el de exención, las normas sobre transparencia fiscal internacional deben ser aplicadas respetando los términos en los que se halle establecida la exención.
- Cuando, de acuerdo con el convenio de que se trate, una determinada renta puede ser gravada por el país de la residencia, y el método para evitar la doble imposición es el de imputación, las normas sobre transparencia fiscal internacional deben ser aplicadas respetando los efectos derivados del referido método de imputación.

XXIII. LAS NORMAS SOBRE TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL Y EL PRINCIPIO DE RENTA MUNDIAL

1. Introducción.

El artículo 2, Doce de la Ley 42/1994 establece que «Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en... el artículo 13 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas» y el artículo 10, Doce de la citada ley, que «Lo establecido en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en... el artículo 6 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades». Finalmente, el artículo 121.14 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, establece que «Lo establecido en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en los artículos... y 8.2 de la presente ley».

Los artículos objeto de la remisión plasman el principio de tributación según la renta mundial de las personas o entidades residentes en territorio español. Así, el artículo 13 de la Ley 18/1991, prevé que «Los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir serán gravados por la totalidad de la renta que obtengan, con independencia del lugar donde se hubiese producido y cualquiera que sea la residencia del pagador», y el artículo 6.1 de la Ley 61/1978, que «Los sujetos pasivos por obligación personal serán gravados por la totalidad de los rendimientos e incrementos de patrimonio que obtengan, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador», y, finalmente, el artículo 8.2 de la Ley 43/1995, establece que «Los sujetos pasivos por obligación personal de contribuir serán gravados por la totalidad de la renta que obtengan, con independencia del lugar donde se hubiere producido y cualquiera que sea la residencia del pagador».

Con palabras muy parecidas, cuando no iguales, los artículos transcritos regulan el principio de tributación según la renta mundial, predicándolo respecto de las personas o entidades residentes en territorio español.

Significa dicho principio que las personas o entidades residentes en territorio español deben tributar por la totalidad de las rentas que obtengan, aun cuando dichas rentas procedan de fuente extranjera.

Siendo esto así debemos preguntarnos por qué los artículos antes mencionados, reguladores de la transparencia fiscal internacional, explicitan un mandato de salvaguarda del principio de tributación según la renta mundial. Pues bien, a nuestro entender, estamos ante una norma didáctica, cuya función consiste en indicar que las normas sobre transparencia fiscal no interfieren en el régimen jurídico y efectos derivados del mencionado principio de tributación según la renta mundial.

Como toda norma didáctica es, en buena parte, innecesaria desde el punto de vista de la interpretación de las normas afectadas. Sin embargo, desde el punto de vista del conocimiento de las relaciones entre las normas sobre transparencia fiscal internacional y las normas reguladoras del principio de tributación según la renta mundial es, ciertamente, útil.

En efecto, en este sentido se deshace un posible equívoco consistente en entender que las rentas derivadas de la participación en entidades residentes en el extranjero únicamente deben tributar en sede de personas o entidades residentes en territorio español o bien cuando se distribuyan o bien cuando se incluyan en régimen de transparencia fiscal internacional.

La tributación en sede de personas o entidades residentes en territorio español se producirá cuando la renta se entienda obtenida, lo que dependerá, básicamente, de los derechos que dichas personas o entidades ostentan respecto de la entidad residente en el extranjero que obtiene la renta. En ocasiones la renta se entenderá obtenida en el momento de su distribución material, pero en otras se entenderá obtenida a medida que la obtiene la entidad participada, dependiendo, repetimos, de los derechos que ostenten los partícipes. Respecto de este «esquema» de tributación según el principio de renta mundial las normas sobre transparencia fiscal internacional no añaden ni quitan un ápice.

Las rentas de fuente extranjera que con anterioridad a la entrada en vigor de las normas sobre transparencia fiscal internacional estaban sujetas a tributación en sede de personas o entidades residentes en territorio español continuarán estándolo después de la entrada en vigor de las referidas normas.

Las normas sobre transparencia fiscal internacional no restringen el principio de tributación según la renta mundial. Antes bien lo protegen mediante la tipificación de unos supuestos en cuya virtud rentas obtenidas por entidades residentes en el extranjero controladas por personas o entidades residentes en territorio español y sometidas a un régimen tributario privilegiado deben tributar en sede de dichas personas o entidades.

La transparencia fiscal internacional, en determinados supuestos, no constituye sino una herramienta para desmontar artificios consistentes en situar patrimonios y rentas propiedad de personas o entidades residentes en territorio español bajo la titularidad formal de entidades no residentes sometidas a un régimen tributario privilegiado. En este sentido las normas sobre transparencia fiscal internacional ayudan a evitar que sea fácilmente vulnerado el principio según el cual las personas o entidades residentes en territorio español deben tributar por la renta mundial.

2. Rentas obtenidas a través de la participación de instituciones de inversión colectiva residentes en el extranjero.

Una de las cuestiones más debatidas en relación al campo de aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional es la concerniente a las participaciones sobre instituciones de inversión colectiva constituidas en el extranjero.

Podemos plantear la cuestión en los siguientes términos: ¿se aplican las normas sobre transparencia fiscal internacional en relación a las referidas participaciones? Y, si no se aplican: ¿cuál es el régimen fiscal que debe aplicarse?

2.1. Aplicabilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional a las participaciones de instituciones de inversión colectiva.

Los artículos 2 y 10 de la Ley 42/1994 se refieren a «...la renta positiva obtenida por una entidad no residente...» y a la participación en «...el capital, los fondos propios, los resultados o los derechos de voto...».

La amplitud del término «entidad» permite que bajo el mismo puedan agruparse las instituciones de inversión colectiva. Es más, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 7 de la Ley 43/1995, las instituciones de inversión colectiva, en cuanto sujetos pasivos son, al menos a efectos de su designación abreviada, entidades.

Ahora bien, aun cuando no exista reparo alguno en calificar a las instituciones de inversión colectiva como entidades, lo cierto es que, si tenemos en cuenta los principios que animan a las normas sobre transparencia fiscal internacional, enseguida nos damos cuenta que tal tipo de entidades, al menos en cuanto reúnan determinadas características, son ajenas al campo de aplicación de las referidas normas.

En efecto, las normas sobre transparencia fiscal internacional sólo tienen sentido en relación a entidades sometidas al control de una persona o entidad o de un grupo de personas o entidades vinculadas entre sí, de manera tal que pueden remansar las rentas obtenidas por la citada entidad en el seno de la misma. Justamente porque las controlan. La participación igual o superior al 50 por 100, exigida por el apartado 1 de los artículos 2 y 10 de la Ley 42/1994, no tiene otro sentido que concretar la idea de control, transformada en requisito.

Ahora bien, las instituciones de inversión colectiva, por lo menos las constituidas como sociedades de capital variable y como fondos de inversión, no están sometidas al control de sus socios o partícipes. Estos socios o partícipes no ejercen funciones políticas de control respecto de la institución de inversión colectiva. No la controlan.

Uno de los supuestos básicos sobre los que pivotan las normas sobre transparencia fiscal internacional quiebra inapelablemente en el supuesto de las instituciones de inversión colectiva. Por tanto, respecto de las mismas no pueden aplicarse las normas sobre transparencia fiscal internacional.

2.2. Régimen aplicable.

Descartada la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional respecto de las participaciones de instituciones de inversión colectiva constituidas en el extranjero, debemos preguntarnos por el régimen tributario que corresponde a las mismas, o, para ser más exactos, por el que corresponde a los rendimientos que se derivan de las mismas.

A este respecto se han formulado dos teorías. Según la primera, el régimen tributario es el que corresponde a las participaciones de instituciones de inversión colectiva constituidas en España. La segunda entiende que la participación representa una alícuota parte de un patrimonio y, en consecuencia, la tributación pertinente será la que corresponda a los rendimientos de los elementos que lo integran.

Seguidamente analizamos ambas teorías:

a) Teoría de la aplicación de la fiscalidad establecida en relación a las instituciones de inversión colectiva constituidas en España.

Según esta teoría los partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en el extranjero y registradas en la Comisión Nacional del Mercado de Valores disfrutan del régimen previsto en la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, si son personas físicas y del previsto en el artículo 72 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, si son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

El fundamento jurídico de esta teoría reside en la disposición adicional del Real Decreto 1394/1990, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 46/1984. Establece la norma citada la libre comercialización en España de las acciones y participaciones de instituciones de inversión colectiva constituidas en el extranjero sin más requisito que el consistente en que la institución «... quede registrada en el Registro que a este efecto se cree en dicha Comisión...», debiendo advertirse que las instituciones de inversión colectiva sometidas a la Directiva 85/611/CEE, serán registradas en cuanto cumplan los requisitos que en la misma se establecen.

Pues bien, según la teoría que venimos exponiendo, el acto jurídico del registro vendría a implicar la extensión del régimen fiscal previsto en la Ley 46/1984 para las instituciones de inversión colectiva constituidas al amparo de la misma, y para sus partícipes, a los partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en el extranjero. En suma, el acto de registro en la

Comisión Nacional del Mercado de Valores surtiría un doble efecto, de una parte, el de abrir la libre comercialización de participaciones, y de otra, el de definir el régimen fiscal de los titulares de dichas participaciones.

Esta teoría parece ser compartida por la contestación a consulta de carácter no vinculante de la Dirección General de Tributos, de 7 de noviembre de 1995, cuando niega la aplicación del régimen fiscal de la Ley 46/1984 a unos partícipes de instituciones de inversión colectiva constituidas en el extranjero «... puesto que no cumplen el requisito de cotizar en mercados oficiales españoles...», si bien no hay en la misma un pronunciamiento explícito.

A nuestro entender la teoría expuesta no es correcta porque extrae del acto de registro en la Comisión Nacional del Mercado de Valores una consecuencia realmente exorbitante.

Al objeto de justificar adecuadamente nuestra posición entendemos conveniente distinguir entre sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades.

a') Crítica de la teoría en relación a las personas físicas.

El artículo 34 de la Ley 46/1984, establece un régimen fiscal especial para «Las Sociedades de Inversión Mobiliaria cuyos valores representativos del capital social estén admitidos a negociación en Bolsa de Valores...» y el artículo 35 de la referida ley establece que el régimen fiscal especial citado «...será asimismo de aplicación a los fondos de inversión...». El artículo 75 del Real Decreto 1393/1990 establece la aplicación del régimen fiscal especial para «Las Sociedades de Inversión Mobiliaria cuyos valores representativos del capital estén admitidos a negociación en Bolsa de Valores...» y el artículo 77 del referido Real Decreto regula un régimen fiscal especial para «Los socios, personas físicas, de Sociedades de Inversión Mobiliaria acogidas al régimen fiscal especial...». El artículo 78 del citado Real Decreto regula un régimen fiscal especial para «Los Fondos de Inversión Mobiliaria y los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario... accediendo al mismo mediante su inscripción en el correspondiente Registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores...» y, finalmente, el artículo 80 bis del mismo Real Decreto regula un régimen fiscal especial para «Los partícipes, personas físicas, de Fondos de Inversión Mobiliaria y Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario acogidos al régimen fiscal especial...».

Puede observarse que el régimen de los accionistas y partícipes va referido a las «Sociedades de Inversión Mobiliaria» o a los «Fondos de Inversión Mobiliaria» o, finalmente, a los «Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario». Es decir, el régimen de los accionistas y partícipes se circunscribe expresamente a los accionistas y partícipes de las entidades sujetas a las normas de la Ley 46/1984. Por tanto, no es correcto extender el régimen fiscal de los accionistas o partícipes de dichas entidades a los accionistas o partícipes de otras entidades distintas.

Obsérvese bien que España, al aceptar las directivas relativas a las instituciones de inversión colectiva constituidas en algún Estado miembro de la Unión Europea, se compromete a permitir la libre comercialización en territorio español de las acciones y participaciones de las instituciones de

inversión colectiva constituidas en otros Estados Miembros de la Unión Europea pero no, desde luego, a asimilar el régimen fiscal de los accionistas y partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en dichos Estados al que corresponde a los accionistas y partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en España y, por tanto, reguladas por la Ley 46/1984. Por eso, extraer de la disposición adicional del Real Decreto 1393/1990 una conclusión de carácter fiscal es, a nuestro entender, manifiestamente equivocado.

b) Crítica de la teoría en relación a las personas jurídicas.

Los argumentos expuestos anteriormente en relación a las personas físicas son igualmente válidos en relación a las personas jurídicas.

La Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, constituía la oportunidad más clara para regular la materia correctamente, por lo menos en lo que se refiere a las personas jurídicas. Pero, en este punto, la Ley 43/1995, es profundamente enigmática porque regula el régimen de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva reguladas por la Ley 46/1984 y el de los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva constituidas en paraísos fiscales, pero no se refiere a las instituciones de inversión colectiva constituidas en países o territorios no calificados como paraísos fiscales.

Tal vez de la Ley 43/1995 pueda inferirse que el legislador no ha querido otorgar a los socios y partícipes de instituciones de inversión colectiva constituidas en el extranjero el mismo régimen fiscal que corresponde a los socios y partícipes de instituciones de inversión colectiva constituidas en territorio español, pero, desde luego, la laguna existente en la legislación anterior no se colma y, probablemente, se hace más aparente.

b) Teoría de la parte alícuota.

La teoría de la parte alícuota se fija en el patrimonio de la institución de inversión colectiva y construye una fiscalidad en función de la que correspondería a la tenencia directa de los elementos que lo componen.

Esta teoría, tal vez atractiva en términos teóricos, carece de suficiente respaldo legal.

c) Teoría de la participación como un activo financiero.

La acción o participación de una institución de inversión colectiva es un activo financiero. Es decir, es un elemento patrimonial que incorpora un conjunto de derechos en relación al capital aportado a la institución de inversión colectiva y a los frutos del mismo. Pues bien, la fiscalidad aplicable dependerá del contenido de dichos derechos.

En términos generales, y aun a riesgo de una cierta simplificación, los derechos de los accionistas o partícipes son dos: recuperar el capital y sus frutos y participar en beneficios.

El primer derecho es, sin duda, el más importante y, en cierta manera, embebe al segundo, que, además, no siempre existe.

La cuestión, entonces, es sencilla: ¿qué tratamiento fiscal procede respecto del derecho a recuperar un capital aportado y los frutos de dicho capital?

A nuestro entender la respuesta depende de la naturaleza de los frutos, de una parte, y de otra del contenido del referido derecho.

Comencemos por el contenido del derecho. Si el derecho a recuperar el capital conjuntamente con sus frutos depende de la sola voluntad del accionista o partícipe de manera que la institución de inversión colectiva debe, incondicionalmente, devolver el capital aportado y sus frutos, la tributación de estos últimos, puesto que el capital recuperado no es renta, dependerá de su naturaleza, que, en términos generales, puede ser: intereses, dividendos, plusvalías realizadas, plusvalías latentes y minusvalías latentes.

Pues bien, los frutos ya percibidos por la institución de inversión colectiva -intereses, dividendos, plusvalías realizadas- en cuanto que pueden ser exigidos por el socio o partícipe deben tributar en sede del mismo, de acuerdo con el principio de imputación temporal de ingresos y gastos vigente en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 14 del R.D. 1841/1991, del IRPF). Por el contrario, las plusvalías latentes no podrán ser gravadas, debiendo posponerse la tributación de las mismas al momento del reembolso efectivo de la participación. Además, y considerando que las minusvalías latentes disminuyen el total importe a reembolsar, el montante a incluir en la base imponible por el concepto de intereses, dividendos y plusvalías realizadas debe disminuirse en el importe de las minusvalías latentes.

No ocultamos nuestra preferencia por la teoría expuesta en tercer lugar, tanto por su fundamentación jurídica como por su congruencia económica.

En efecto, como es sabido, la fiscalidad de los accionistas y partícipes de las instituciones de inversión colectiva reguladas por la Ley 46/1984 es extraordinariamente privilegiada debido, básicamente, a que la tributación de las rentas queda diferida hasta el momento del reembolso o transmisión de la participación. El sacrificio recaudatorio que, inclusive, puede llegar a una tributación nula, se justifica habitualmente en la conveniencia de retener el ahorro de las personas y entidades residentes en España en sede de nuestras instituciones de inversión colectiva en cuanto que las mismas aplican el ahorro captado a la financiación del sector público español y de las empresas españolas, básicamente. Ahora bien, esta justificación no existe en el caso de las instituciones de inversión colectiva constituidas en el extranjero que, básicamente, canalizarán el ahorro captado de personas o entidades residentes en España a la financiación de empresas o Gobiernos extranjeros.