

TRIBUTACIÓN

TRANSPARENCIA FISCAL
INTERNACIONAL (I)

N.º 306

TRABAJO EFECTUADO POR:

EDUARDO SANZ GADEA

Inspector de Finanzas del Estado

Sumario:

- I. Introducción: objetivos y fundamento.
 - 1. Objetivo de las normas sobre transparencia fiscal internacional.
 - 2. Fundamento de las normas sobre transparencia fiscal internacional.
 - 3. La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica y las normas sobre transparencia fiscal internacional.
- II. Control por parte de personas o entidades residentes en territorio español de entidades no residentes en territorio español.
 - 1. Personas físicas [art. 2.Uno a)].
 - 1.1. Determinación del porcentaje de participación.

...

...

2. Personas jurídicas.

2.1. Determinación del porcentaje de participación.

3. Magnitud sobre la que debe calcularse el porcentaje de control.

4. Momento al que se refiere el porcentaje de control.

5. Derecho comparado.

5.1. Estados Unidos.

5.2. Alemania.

5.3. Francia.

5.4. Reino Unido.

5.5. Portugal.

III. Régimen fiscal privilegiado.

1. Umbral previsto legalmente.

1.1. Impuesto análogo al Impuesto sobre Sociedades.

1.2. Cantidad satisfecha en el extranjero.

1.3. Cantidad que hubiere correspondido de acuerdo con las normas del Impuesto sobre Sociedades.

2. Derecho comparado.

2.1. Comparación de tributaciones.

2.2. Referencia a un porcentaje determinado.

2.3. Sistema de listas.

2.4. No consideración del nivel de tributación.

2.5. Conclusiones sobre el Derecho comparado.

Anexos.

TRIBUTACIÓN	TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL (I)	N.º 306
-------------	---	---------

I. INTRODUCCIÓN: OBJETIVOS Y FUNDAMENTO

1. Objetivo de las normas sobre transparencia fiscal internacional.

Los artículos 2 y 10 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social regulan, por primera vez en nuestro sistema tributario, lo que se ha dado en llamar la «transparencia fiscal internacional», quizá porque ha querido verse en dichas normas una suerte de «levantamiento del velo de la personalidad» al igual que, según determinados sectores doctrinales, acontece en el régimen de transparencia fiscal previsto en el artículo 52 y siguientes de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

El objetivo de las normas contenidas en los artículos 2 y 10 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social es gravar en sede de personas o entidades residentes en territorio español determinadas rentas obtenidas por entidades no residentes en territorio español, controladas por aquéllas, y que disfrutaran de un régimen fiscal privilegiado.

Tres son, pues, los elementos determinantes de la tributación en sede de personas o entidades residentes en territorio español:

- Control, por parte de personas o entidades residentes en territorio español, de entidades no residentes en territorio español.
- Obtención, por parte de las entidades no residentes en territorio español, de un determinado tipo de rentas.
- Disfrute, por parte de las entidades no residentes en territorio español, de un régimen fiscal privilegiado.

Debe observarse que las normas sobre transparencia fiscal internacional no inciden sobre la sociedad no residente en territorio español sino sobre los socios de la misma residentes en territorio español. No se trata, por consiguiente, de un impuesto nuevo sobre las entidades no residentes, sino del régimen fiscal de las personas o entidades residentes en territorio español.

2. Fundamento de las normas sobre transparencia fiscal internacional.

El fundamento de las normas sobre transparencia fiscal internacional reside en la congruencia del objetivo que persiguen con los principios básicos que gobiernan el sistema tributario.

El artículo 31 de la Constitución establece el principio de capacidad económica como máximo inspirador de un sistema tributario regido por los principios de igualdad, progresividad y no confiscatoriedad. Pues bien, los principios referidos se satisfacen gravando la renta obtenida por las personas físicas y jurídicas residentes en territorio español «con independencia del lugar donde se hubiese producido» (art. 13 de la Ley 18/1991 y art. 6 de la Ley 61/1978).

El gravamen de la renta total obtenida por las personas o entidades residentes es un principio profundamente arraigado en nuestro sistema tributario y también en el de los sistemas tributarios de los países de nuestro entorno. El recto cumplimiento de este principio no había constituido un problema importante en el Impuesto sobre Sociedades ni en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas hasta que a comienzos de 1993, España, anticipándose al cumplimiento de sus deberes en relación a la Comunidad Económica Europea, estableció una amplia libertad de movimientos de capitales. A partir del establecimiento de la libertad de movimiento de capitales, las posibilidades de eludir el gravamen de la renta total crecen de manera notable por lo que se refiere a las rentas del capital, particularmente las relativas a elementos patrimoniales de carácter mueble, mediante la técnica tan fácil como expeditiva de situar dichos elementos bajo la titularidad de entidades no residentes que disfrutan de un régimen tributario privilegiado.

Las normas sobre transparencia fiscal internacional se enfrentan con esta realidad y dan una respuesta clara y mesurada: bajo determinadas circunstancias las rentas obtenidas por entidades no residentes en territorio español tributarán en sede de las personas o entidades jurídicas residentes en territorio español que las controlan.

No se trata tanto de cortar conductas fraudulentas cuanto de dar coherencia al sistema tributario. En efecto, si el sistema de imposición sobre la renta está regido, entre otros, por el principio del gravamen de la renta total, cualquiera que fuere el lugar donde se hubiere producido, la coherencia de dicho sistema exige que el principio referido no pueda ser preterido mediante la desviación de rentas hacia entidades no residentes en territorio español.

El punto neurálgico de las «normas sobre transferencia fiscal internacional» reside en concretar las circunstancias que racionalmente denotan una desviación de rentas. Si estas circunstancias han sido correctamente seleccionadas y bien definidas legalmente, las normas sobre transparencia fiscal internacional constituirán una pieza que se integrará armónicamente en el sistema de imposición directa sobre la renta.

Las ideas precedentes permiten descartar como fundamento de las normas sobre transparencia fiscal internacional, entre otras, la necesidad de atajar el fraude fiscal y la extensión del concepto de renta gravable.

En efecto, las normas sobre transparencia fiscal internacional no se enfrentan necesariamente con maquinaciones fraudulentas sino, más bien, con situaciones jurídicas válidas pero que determinan efectos contrarios al correcto funcionamiento del sistema tributario, considerando los principios en los que el mismo se asienta. Tampoco las citadas normas extienden o amplían el concepto de renta gravable, limitándose a entender que la renta obtenida por la entidad no residente ha sido realmente obtenida por los socios.

En este sentido, las normas sobre transparencia fiscal internacional enlazan plenamente con la doctrina del «levantamiento del velo de la persona jurídica», constituyendo, en buena medida, la concreción jurídico-positiva de la mencionada doctrina en el ámbito del sistema tributario.

3. La doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica y las normas sobre transparencia fiscal internacional.

Los estudiosos de las normas sobre transparencia fiscal internacional suelen afirmar que existen dos teorías explicativas del fenómeno jurídico que desencadenan: la teoría del levantamiento del velo de la personalidad y la teoría de la técnica antidiferimiento.

La complejidad de estas normas y los variados aspectos que ofrecen dan pie a sostener ambas aproximaciones teóricas. No debemos, sin embargo, mitificar el valor de las teorías explicativas, pues lo relevante es, sin duda, el conjunto de efectos jurídicos que se deriven de la aplicación de un grupo normativo antes que el modelo teórico al que el mismo pueda responder.

Ahora bien, las normas que, cualquiera que sea la rama del ordenamiento jurídico al que pertenezcan, implican determinadas restricciones a los efectos de la personalidad jurídica, suelen ser contempladas con recelo desde determinadas posiciones que sustentan, sea por razones estrictamente jurídicas o de la defensa de intereses económicos, una concepción hermética de la personalidad jurídica en cuya virtud se entiende que la persona jurídica es una creación del Derecho y que lo verdaderamente relevante de la misma es el mero reconocimiento del Estado, siendo indiferente el substrato o supuesto fáctico de la persona jurídica.

Tomando nota del empleo instrumental de la persona jurídica, Federico de Castro denuncia una cierta deformación del concepto de persona jurídica, puesto que «las notas consideradas antes esenciales, las del carácter asociativo y del fin propio que trasciende al de los socios, han de abandonarse al ser estimadas como personas jurídicas las fundaciones, Sociedades Anónimas y personas jurídicas para descentralizar la Administración» (1) ... «Apartados o abstraídos así del concepto de persona jurídica el fin supraindividual y la pluralidad de asociados y, con ello también, la misma peculiaridad de su estructura, queda como base única en que asentarlos, la forma; mas en su sentido más bajo, de mera formalidad o designación oficial Tendencia que, insertada en la corriente del pensamiento jurídico favorable a la abstracción y el formalismo un día dominante y todavía influyente, tiene para el intérprete el atractivo engañoso de la facilidad y la lógica. Los Tribunales no han podido sustraerse a su contagio. La existencia de las sociedades, en su nacimiento, continuidad y extinción, con la secuela de efectos que atribuyen las leyes a la condición de persona se piensa que resulta de lo escrito en el Registro Mercantil».

Sin embargo, de manera paulatina, los Tribunales, resolviendo controversias sometidas a los mismos en base a criterios de equidad, han ido recortando el hermetismo de la persona jurídica, incorporando la doctrina, originaria del mundo anglosajón, conocida como del «levantamiento del velo de la personalidad».

El propio Federico de Castro, atisbando la nueva corriente doctrinal, que en cierto modo apoya con sus propios criterios (2), postula encontrar un punto de equilibrio que «... pretende tan solo que la forma de Sociedad Anónima no siga siendo un asilo intangible ante el que haya de detenerse la eficacia de los principios fundamentales del Derecho, de los de la buena fe, simulación, abuso del Derecho y fraude. Es cierto también que el respeto a la forma externa y a la confianza que ella produce no conviene sea quebrantada ... sólo merece la especial protección atribuida al socio (irresponsabilidad) quien está formando parte de una colectividad y que, por tanto, no es dueño, ni tirano de la sociedad, ni ha confundido con el de ésta un patrimonio personal».

Hoy en día nuestros Tribunales han formulado una doctrina coherente del levantamiento del velo de la personalidad jurídica. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 afirma «que ya, desde el punto de vista civil y mercantil, la más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1.1 y 9.3), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad, y acogimiento del principio de buena fe (art. 7.1 del Código Civil), la tesis y práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 del Código Civil), admitiéndose la posibilidad de que

(1) La persona jurídica. FEDERICO DE CASTRO. Pág. 230.

(2) Pág. 248.

los Jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 del Código Civil) en daño ajeno o de "los derechos de los demás" (art. 10 de la Constitución) o contra intereses de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un "ejercicio antisocial" de un derecho (art. 7.2 del Código Civil) ... (para) constatar ... cuál sea la auténtica y constitutiva personalidad social y económica de la misma y el substrato real de su componente personal (o institucional) y negocial ...».

Los considerandos de la sentencia pueden ser resumidos en tres ideas:

- Que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia debe prevalecer la justicia.
- Que la prevalencia de la justicia justifica el levantamiento del velo de la personalidad jurídica.
- Que el levantamiento del velo de la personalidad jurídica implica resolver una controversia jurídica en atención al substrato de intereses reales existentes.

Esta doctrina jurisprudencial, repetidamente reproducida en sentencias posteriores, pone de relieve que tanto el legislador como los Tribunales pueden y deben atenuar el efecto jurídico primordial de la personalidad jurídica, a saber, la separación patrimonial entre el socio y la sociedad, cuando así lo exija el restablecimiento del valor superior de la justicia.

Pues bien, las normas sobre transparencia fiscal internacional no son sino una enérgica reacción del legislador contra la utilización abusiva de la técnica de la personalidad jurídica determinante del quebrantamiento del principio de gravamen sobre la renta total que constituye la expresión más depurada del principio de capacidad económica.

En este sentido puede afirmarse que dichas normas responden a la teoría o doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, puesto que el legislador, bajo el cumplimiento de determinadas circunstancias, entiende que son los socios quienes obtienen la renta positiva formalmente enclaustrada en el seno de una persona jurídica no residente en territorio español. El efecto primordial de la personalidad jurídica, esto es, la separación entre el patrimonio del socio y el de la sociedad, queda preterido en cuanto que la renta obtenida por esta última se hace tributar en sede de aquél, de tal modo que la tributación resultante es la que se hubiera producido en el caso de obtener el socio directamente la renta.

La teoría de la transparencia fiscal internacional como una técnica antidiferimiento no explica, a nuestro entender, de manera satisfactoria el contenido y efectos de las normas que la integran. Según esta teoría dichas normas no tienen otra finalidad que la de gravar en sede del socio el dividendo que la entidad no residente hubiera podido distribuir pero que no ha distri-

buido. Por esta razón, determinadas legislaciones, como la del Reino Unido, excluyen la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional cuando la entidad no residente lleva una «aceptable política de distribución de dividendos» (*Tax Act 1988*). Ahora bien, como más adelante veremos, nuestras normas sobre transparencia fiscal internacional obligan a incluir en la base imponible del sujeto pasivo una magnitud diferente del beneficio susceptible de distribución y no admiten, coherentemente, la no aplicación de las mismas en el supuesto de políticas aceptables de distribución de beneficios.

A modo de conclusión podemos afirmar que tanto por sus efectos como por el fundamento en que se sostienen las normas sobre transparencia fiscal internacional responden a los efectos y a las causas que son propias de la teoría del levantamiento del velo de la personalidad.

Por esta razón, si bien es cierto que las autoridades administrativas han argumentado a favor de la transparencia fiscal internacional en base al Derecho comparado, más cierto es que el fundamento y soporte último de dichas normas se halla en la coherencia de levantar el velo de la personalidad jurídica cuando así lo exija la protección de la justicia en cuanto valor superior del ordenamiento jurídico.

II. CONTROL POR PARTE DE PERSONAS O ENTIDADES RESIDENTES EN TERRITORIO ESPAÑOL DE ENTIDADES NO RESIDENTES EN TERRITORIO ESPAÑOL

El primer elemento determinante de la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional es el control ejercido por personas o entidades residentes en territorio español de entidades no residentes en territorio español.

Debemos observar, ante todo, que la entidad controlada ha de ser residente en el extranjero, a cuyo efecto serán aplicables las normas previstas en el artículo 9 de la Ley 61/1978, o en un convenio bilateral para evitar la doble imposición, supuesto que la entidad participada se hubiere constituido bajo las leyes de un país con el que España hubiere suscrito el citado convenio. Si, de acuerdo con las citadas normas, la entidad participada es residente en territorio español, por aplicación de lo establecido en el artículo 9 de la Ley 61/1978, debe tributar por el Impuesto sobre Sociedades en concepto de obligación personal de contribuir.

La aplicación cuidadosa de las normas sobre transparencia fiscal internacional exige examinar atentamente las circunstancias determinantes de la residencia en territorio español, puesto que si dichas circunstancias concurren en la entidad controlada por personas o entidades residentes en territorio español, la citada entidad deberá tributar por el Impuesto sobre Sociedades en cuanto residente en territorio español.

Una vez superado el examen de la residencia es cuando deben analizarse las circunstancias determinantes del control. A estas circunstancias se refieren los artículos 2 .Uno a) y 10.Uno b), en relación a las personas físicas y jurídicas, respectivamente.

1. Personas físicas [art. 2.Uno a)].

El Proyecto de Ley establecía el control en el umbral de un porcentaje de participación igual o superior al 25 por 100, pero una enmienda en el Congreso elevó dicho porcentaje al 50 por 100.

1.1. Determinación del porcentaje de participación.

El porcentaje de participación se determina en función de tres posibilidades subjetivas:

- Una persona física, por sí sola.
- Una persona física conjuntamente con entidades vinculadas según lo previsto en el artículo 16 de la Ley 61/1978.
- Una persona física conjuntamente con personas físicas sujetas por obligación personal de contribuir y unidas por vínculos de parentesco hasta el segundo grado inclusive.

1.1.1. Persona física con un grupo de entidades vinculadas.

El segundo supuesto es el de más difícil concreción. Su objetivo consiste en definir el porcentaje de participación en función de la unidad económica en que consiste un grupo de personas y entidades vinculadas. Los supuestos que pueden presentarse son muy variados, pero la idea que debemos retener es que el porcentaje de participación deberá determinarse sumando el porcentaje poseído por el sujeto pasivo con los porcentajes poseídos por las entidades sometidas a su poder de decisión.

1.1.2. Persona física con un grupo familiar.

El tercer supuesto refiere el porcentaje de participación a un grupo familiar que reúna las siguientes características:

- El vínculo parental determinante del grupo familiar comprende hasta el segundo grado, inclusive, en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad.
- Las personas unidas por tal vínculo deben estar sujetas a obligación personal de contribuir.

Los casos que pueden plantearse son también muy variados aunque, desde luego, menos que en el supuesto anterior, pero la idea que debemos retener es que el porcentaje de participación deberá determinarse sumando el porcentaje poseído por el sujeto pasivo con los porcentajes poseídos por las personas integrantes del grupo familiar.

1.1.3. Supuestos mixtos.

Son supuestos mixtos aquellos que combinan los grupos de vinculación con los grupos familiares. En estos supuestos el porcentaje de participación se definiría por la suma de los porcentajes que poseen personas integrantes del grupo familiar más los porcentajes de participación que posean grupos de entidades vinculadas con las personas integrantes del grupo familiar.

Este supuesto no está definido en el artículo 2.Uno a), probablemente porque, debido a la amplitud de las relaciones de vinculación tipificadas en el artículo 16 de la Ley 61/1978, podría llegarse al porcentaje de control del 50 por 100, sumando los porcentajes poseídos por personas o entidades que tienen una relación muy tenue entre sí.

1.1.4. Entidades instrumentales y personas interpuestas.

Los tres supuestos descritos se fundamentan en la idea de control, sea individual, sea a través de un grupo de personas o entidades vinculadas o de un grupo familiar. No parece muy difícil quebrar formalmente la realidad del control individual, del grupo de vinculación o del grupo familiar mediante la utilización de entidades instrumentales, personas interpuestas o, simplemente, conviniendo con otras personas o entidades una asociación fáctica al objeto de sortear la norma.

En los dos primeros supuestos el ordenamiento jurídico dispone de remedios suficientes para superar esas construcciones artificiales que no tienen otro objetivo que burlar las normas definitivas del control, sea a través de las consecuencias de la doctrina del abuso del Derecho (art. 7.2 del Código Civil) o de los efectos de los negocios fiduciarios hechos para contravenir una norma.

El tercer supuesto tiene una calificación más compleja. En efecto, en principio no existe control en los términos del artículo 2.Uno a) cuando un grupo de personas residentes en territorio español no relacionadas por vínculos de parentesco ejercen dicho control sobre una entidad no residente en territorio español. Dicho esto, no puede descartarse que en virtud de los pactos que medien entre dichas personas o entre todas y cada una de ellas con un intermediario lo que externamente aparece como una entidad no residente participada por varias personas familiarmente no vinculadas y sin que ninguna de ellas ostente una participación igual o superior al 50 por 100, realmente sea una institución de inversión colectiva «a la medida». Esto será así cuando, por ejemplo, los socios hayan pactado entre sí la libre facultad de todos y cada uno de ellos para retirar los beneficios en la parte correspondiente y el capital aportado, aun sin mediar acuerdo de los restantes, es decir, cuando los socios se han concedido mutuamente un derecho de separación incondicional o bien cuando el intermediario que ha promovido la operación garantiza a los socios un derecho equivalente al de separación.

2. Personas jurídicas.

El Proyecto de Ley establecía el control en el umbral de un porcentaje de participación igual o superior al 25 por 100, pero una enmienda en el Congreso elevó dicho porcentaje al 50 por 100.

La justificación del porcentaje del 25 por 100 era doble. En efecto, de una parte, la relación matriz-filial, que habilita la deducción por doble imposición económica de dividendos, se cifra en dicho porcentaje (art. 24.5 de la Ley 61/1978), y, de otra, un porcentaje del 25 por 100 garantizaba una mayor consistencia de la norma contra las prácticas elusorias.

Pero también era cierto que un porcentaje de participación inferior al 50 por 100 podría ser insuficiente para determinar un control efectivo, lo que podría colocar al sujeto pasivo en situaciones límite, en cuanto que tuviera que hacer frente a un tributo sobre unas rentas sobre las que no existe posibilidad jurídica de disponer.

2.1. Determinación del porcentaje de participación.

El porcentaje de participación se determina en función de dos posibilidades subjetivas:

- Una entidad, por sí sola.
- Una entidad conjuntamente con personas o entidades vinculadas, según lo previsto en el artículo 16 de la Ley 61/1978.

2.1.1. Una entidad conjuntamente con personas vinculadas.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 61/1978, hay supuestos de vinculación entre una entidad y una persona, en los siguientes supuestos:

- Una sociedad y sus socios (estos últimos personas físicas).
- Una sociedad y sus consejeros (estos últimos personas físicas).
- Una sociedad y los socios de otra sociedad que pertenezca al mismo grupo (estos últimos personas físicas).

En los supuestos descritos el porcentaje de participación se determinará sumando los porcentajes poseídos por las personas o entidades que forman parte del grupo de personas y entidades vinculadas.

2.1.2. Una entidad conjuntamente con otras entidades vinculadas.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 61/1978, hay supuestos de vinculación entre dos entidades, en los siguientes supuestos:

- Una sociedad y sus socios (estos últimos personas jurídicas).
- Una sociedad y sus consejeros (estos últimos personas jurídicas).
- Una sociedad y los socios de otra sociedad que pertenezcan al mismo grupo (estos últimos personas jurídicas).
- Una sociedad y otra sociedad, en las cuales los mismos socios, sus cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos posean, al menos, el 25 por 100 de sus capitales, o cuando dichas personas ejerzan en ambas sociedades funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión.
- Una sociedad y otra sociedad, cuando participen, directa o indirectamente, al menos, en el 25 por 100, en el capital social de otra o cuando, sin mediar esta circunstancia, una sociedad ejerza en otra funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión.
- Una sociedad y otra u otras sociedades en los términos definidos en la legislación mercantil.

También en los supuestos descritos el porcentaje de participación se determinará sumando los porcentajes poseídos por las entidades que forman parte del grupo de personas y entidades vinculadas.

2.1.3. Una entidad conjuntamente con otras personas o entidades vinculadas.

Este supuesto es la suma de los dos anteriores.

La definición del conjunto de personas o entidades vinculadas que ha de tomarse para determinar el porcentaje de participación es, ciertamente, muy amplio, y ello podría determinar, en algún supuesto particular la aplicación de la norma con excesivo vigor. En este sentido es deseable que la relación de vinculación entre el socio y la sociedad existiera solamente en el caso de participaciones significativas en los términos de la legislación mercantil.

En la práctica, sin embargo, será difícilísimo que socios que ostenten una participación insignificante en una sociedad y dicha sociedad posean participaciones sobre una entidad no residente en territorio español, sometida a régimen tributario privilegiado, que sumadas alcancen el porcentaje de participación del 50 por 100. La razón estriba en que esas personas o entidades vinculadas entre sí no constituyen una unidad económica de decisión y, por lo tanto, sólo el puro azar puede determinar la existencia efectiva de una situación absurda.

La idea que late, tanto en la letra a) del artículo 2.Uno como en la letra a) del artículo 10.Uno es que el porcentaje de control del 50 por 100, debe determinarse en función de una unidad económica de decisión que jurídicamente se concreta en el grupo familiar y en el grupo de vinculación, respectivamente.

En este sentido, entendemos que la expresión legal «conjuntamente con personas o entidades vinculadas» se refiere a personas o entidades vinculadas entre sí, es decir que todas ellas, conjuntamente, integran una unidad económica de decisión. Por la misma razón entendemos que no es correcto incluir en el grupo de vinculación a personas o entidades que entre sí no estén vinculadas.

Finalmente, debemos resaltar una idea que hemos expuesto anteriormente, pero que por su relevancia merece ser destacada: el porcentaje de control se determina sumando los porcentajes de control de todas las personas o entidades vinculadas, lo cual significa que:

- El porcentaje de control no se refiere a la persona o entidad dominante, sino al conjunto de personas o entidades vinculadas.
- Referido el porcentaje a dicho conjunto es indiferente que alguna o algunas de las personas o entidades vinculadas sean residentes en el extranjero.

3. Magnitud sobre la que debe calcularse el porcentaje de control.

El porcentaje de control debe calcularse sobre una de estas cuatro magnitudes:

- Capital.
- Fondos propios.
- Resultados.
- Derechos de voto.

Bastará con que el porcentaje de control se verifique respecto de alguno de los conceptos citados para que se entienda cumplido el requisito de la letra a) del apartado Uno de los artículos 2 y 10. De ordinario coincidirán los cuatro conceptos, pero no pueden descontarse situaciones en las que tal coincidencia no se produzca. Ha de tenerse en cuenta que la entidad respecto de la cual se define el control estará constituida habitualmente, en países o territorios de muy diferente régimen jurídico al nuestro, de aquí que la fórmula legal sea tan amplia como racionalmente es posible, de tal suerte que, utilizándose categorías jurídicas perfectamente adaptadas a nuestra mentalidad jurídica, se recurre al abanico más amplio posible.

Es posible, sin embargo, que la realidad ofrezca entidades jurídicas cuyo control no se determina en función de la tenencia de una participación sobre los conceptos precitados, sino sobre otro u otros diferentes. En tal caso corresponderá al intérprete determinar si es posible o no subsumir dichos conceptos en alguno o algunos de los legalmente previstos, teniendo en cuenta, básicamente, el contenido económico de los mismos.

Es interesante advertir que ha de distinguirse, porque el texto legal así lo hace, entre la determinación del porcentaje de control [arts. 2.Uno a) y 10.Uno a)] y la determinación de las personas o entidades residentes en territorio español sometidas a la aplicación de la norma (arts. 2.Cuatro y 10.Cuatro).

4. Momento al que se refiere el porcentaje de control.

El porcentaje de control se refiere a la fecha de cierre del ejercicio social de la entidad participada.

Aparentemente la norma ofrece en este punto un flanco débil, en el sentido de que podría ser fácilmente eludida mediante la transmisión de las participaciones en fecha anterior al cierre del ejercicio social y su posterior adquisición una vez superada dicha fecha. Sin embargo, esto no es así, al menos en teoría, porque la transmisión de las participaciones debe determinar la realización de una ganancia que tributará en sede de las personas o entidades transmitentes. Es cierto, no obstante, que si la transmisión tiene un carácter meramente fiduciario, dicha ganancia no se producirá pero, una vez más, hemos de recordar que los efectos fraudulentos de un negocio fiduciario pueden y deben ser desestimados en lo que se refiere a su proyección fiscal.

Cabe advertir, por último, que, de acuerdo con lo previsto en el apartado cinco, el ejercicio social de la entidad participada no puede entenderse de duración superior a 12 meses.

5. Derecho comparado.

En los 10 países que a finales de 1993 mantenían normas sobre transparencia fiscal internacional en sus ordenamientos tributarios, el porcentaje de participación es el 50 por 100, excepto en Francia que tiene el 10 por 100. Centraremos nuestra atención en los tres Estados miembros de la Unión Europea (Reino Unido, Francia y Alemania) y en los Estados Unidos.

En 1995, Portugal ha introducido en su ordenamiento tributario normas sobre transparencia fiscal internacional, en las que se establece un porcentaje del 25 por 100.

5.1. Estados Unidos.

La Subsección F, artículo 957 a) del *Internal Revenue Code* considera a una entidad no residente como *Controlled Foreign Corporation* (CFC, en adelante) si «... más del 50 por 100 del total de los derechos de voto o del total valor de las acciones es poseído, directa, indirectamente o constructivamente por uno o más socios de los Estados Unidos en cualquier día del año fiscal ...».

a) Socios de los Estados Unidos.

Son socios de los Estados Unidos:

- Las personas físicas que tengan la nacionalidad de Estados Unidos o que residan en este país.

- Las sociedades nacionales de los Estados Unidos.
- Las fiducias y herencias yacentes que no sean extranjeros.

b) Participación indirecta (art. 958 del IRC).

Las participaciones poseídas a través de entidades interpuestas se atribuyen a los socios de los Estados Unidos que participan en dicha sociedad.

c) Participación constructiva (art. 958 del IRC).

Bajo la denominación de referencia se engloba un conjunto de participaciones sobre la entidad no residente que se atribuyen, *ope legis* a una determinada persona en virtud de las relaciones que mantiene con otra u otras que ostenten la titularidad jurídico-privada:

- Participaciones del cónyuge, hijos, padres y abuelos.
- Participaciones de sociedades de personas, de herencia yacentes y fiduciarios, que se atribuyan a quienes ostenten derechos sobre dichas entidades, en proporción a los mismos.
- Participaciones de sociedades, cuando se posee más del 50 por 100 sobre las mismas.

d) Nivel mínimo de participación individual.

Para determinar el porcentaje de participación del 50 por 100 tan sólo se toman en consideración las personas o entidades que posean una participación directa, indirecta o constructiva del 10 por 100.

5.2. Alemania.

El artículo 7.1 de la Ley Fiscal de Transacciones Internacionales establece que una entidad no residente es una sociedad instrumental «si una persona o una entidad residentes (en Alemania) participan en más del 50 por 100 en una entidad, asociación o conjunto de activos, tal como se define en la Ley del Impuesto sobre Sociedades (alemán), que no tiene ni su residencia en Alemania y no reúne los requisitos para ser calificada como entidad exenta ... entonces, la parte de la renta respecto de cual dicha entidad es una entidad instrumental será incluida en la renta de los mencionados residentes en proporción a su participación en la entidad instrumental (extranjera)».

a) Conceptos sobre los que se proyecta la participación (art. 7.2).

El porcentaje de participación del 50 por 100 es sobre el capital o los derechos de voto al final del período fiscal. Para determinar dicho porcentaje se suman los porcentajes de participación de las personas y entidades residentes en Alemania, aun cuando entre los mismos no existan vínculos económicos o familiares.

b) Participaciones indirectas y fiduciarias (art. 7.2.3 y 4).

A los efectos de la determinación del porcentaje de control también se toman en consideración, además de las participaciones directas, las siguientes:

- Las que se hallan en poder de personas de nacionalidad alemana que no son residentes en Alemania, bajo determinadas circunstancias.
- Las que se hallan en poder de entidades que actúan por cuenta de las personas o entidades residentes en Alemania.
- Las que se hallan en poder de sociedades de personas participadas por las personas o entidades residentes en Alemania.

5.3. Francia.

El artículo 209 B del *Code General des Impôts* establece que «cuando una persona jurídica, sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, explota una empresa fuera de Francia o detenta, directa o indirectamente, el 10 por 100 al menos de las acciones, partes, derechos financieros o derechos de voto en una sociedad o un grupo, establecido fuera de Francia, o detenta en tal sociedad o grupo una participación cuyo precio es igual o superior a 150 millones de francos y dicha empresa, sociedad o grupo está sometida a un régimen fiscal privilegiado en el sentido del artículo 238 A, el resultado obtenido por la empresa, la sociedad o el grupo se considera obtenido por aquella persona jurídica ...».

a) Conceptos sobre los que se proyecta la participación (art. 209 B.I. bis.1).

El porcentaje de participación del 10 por 100 es sobre el capital, derechos financieros o derechos de voto.

b) Participaciones indirectas y fiduciarias (art. 209 B.I. bis.2).

Las acciones, partes, derechos financieros o derechos de voto detentados indirectamente, esto es, a través de cadenas de participación, se computan multiplicando los porcentajes de participación sucesivos.

También computan, a los efectos de determinación del porcentaje de participación, las acciones, partes, derechos financieros o derechos de voto detentados, directa o indirectamente por:

- Los asalariados o dirigentes, legales o de hecho, de la persona jurídica sujeta a imputación.
- Las personas físicas, sus cónyuges, o sus ascendientes y descendientes cuando una al menos de estas personas es, directa o indirectamente, accionista, tenedor de participaciones, derechos financieros o derechos de voto en la persona jurídica sujeta a imputación.
- Una sociedad o un grupo que tiene en común con la persona jurídica sujeta a imputación un accionista, un titular de partes o un titular de derechos financieros o de derechos de voto que dispone, directa o indirectamente, del número más elevado de derechos de voto en esa sociedad o ese grupo y en esa persona jurídica sujeta a imputación.
- Un partícipe comercial de la persona jurídica en cuanto que las relaciones entre esa persona jurídica sujeta a imputación y ese partícipe comercial son tales que existe entre ellos un vínculo de dependencia económica.

5.4. Reino Unido.

El artículo 747 de la *Tax Act* de 1988 establece que: «1. Si el *Board* tiene razones para pensar que en cualquier período impositivo una entidad:

- a) Es residente fuera del Reino Unido,
- b) Está controlada por personas que residan en el Reino Unido, y
- c) Está sujeta a un bajo nivel de tributación en el territorio en el cual reside,

y si el *Board* así lo acuerda, lo previsto en este Capítulo se aplicará en relación al período impositivo mencionado.

2. Cuando, por virtud del acuerdo previsto en el apartado anterior, lo previsto en este Capítulo se aplica en relación a un período impositivo de una entidad extranjera controlada, los beneficios imputables de esta entidad ... serán prorrateados de acuerdo con el artículo 752 entre las personas (tanto residentes en el Reino Unido como no residentes) quienes tienen un interés en dicha entidad en cualquier momento durante dicho período impositivo.»

a) Conceptos sobre los que se proyecta la participación (art. 749.5).

Los intereses sobre una entidad no residente se determinan en función de los siguientes conceptos:

- Participación en el capital o en los derechos de voto, o bien, derecho a la adquisición de participaciones o derechos de voto.
- Participación en los resultados.
- Participación en el patrimonio de liquidación.
- Control efectivo.

b) Participaciones indirectas.

Las participaciones indirectas también son tomadas en consideración.

La breve excursión por el Derecho comparado permite extraer tres rasgos básicos:

- Que el porcentaje de participación más extendido es el 50 por 100. Excepto Francia, que tiene el 10 por 100, los restantes países tienen el 50 por 100.
- Que el porcentaje de participación se refiere a un conjunto de personas o entidades residentes en el país, computándose las participaciones indirectas y fiduciarias.
- Que la participación versa sobre derechos económicos y políticos.

5.5. Portugal.

El artículo 57.B del Decreto-Ley 37/1995 establece que «se imputará a los socios residentes en territorio portugués, en proporción a su participación social e independientemente de la distribución, los lucros obtenidos por sociedades residentes fuera de ese territorio y sometidos a un régimen fiscal claramente más favorable, cuando un socio posea, directa o indirectamente,

una participación social de, por lo menos, el 25 por 100 o, en el caso de la sociedad no residente, ser poseída, directa o indirectamente, en más del 50 por 100, por los socios residentes, una participación social de, por lo menos, 10 por 100».

Si comparamos los rasgos básicos precitados con los artículos 2.Uno a) y 10.Uno a) podemos establecer las siguientes conclusiones:

- Que el porcentaje de participación de las normas españolas coincide con el porcentaje de participación más utilizado en las legislaciones extranjeras.
- Que el porcentaje de participación de las normas españolas se calcula sumando los porcentajes poseídos por un grupo de personas o entidades vinculadas en el sentido del artículo 16 de la Ley 61/1978, o por un grupo familiar hasta el segundo grado inclusive, en tanto que en las legislaciones examinadas el porcentaje de control se calcula sumando los porcentajes poseídos por un grupo de personas o entidades residentes en el país de que se trate, tomando en consideración las participaciones indirectas y fiduciarias.
- Que el porcentaje de participación de las normas españolas versa sobre los resultados, la participación en el capital, los recursos propios y los derechos de voto, comprendiendo, por lo tanto, al igual que las legislaciones extranjeras, tanto los derechos económicos como los derechos políticos.

A la vista de lo expuesto podemos afirmar que la legislación española se encuentra, en este punto, dentro del marco definido por las líneas maestras derivadas de la contemplación de las legislaciones extranjeras. No obstante puede apreciarse una diferencia en la concerniente al perímetro determinante de la colectividad de personas o entidades cuyas participaciones deben ser sumadas. En efecto, las normas españolas contemplan personas o entidades unidas por vínculos de parentesco o económicos en tanto que las legislaciones extranjeras, además de contemplar dichos vínculos en lo relativo a participaciones indirectas y fiduciarias, contemplan personas o entidades unidas por la cualidad de residir en un determinado territorio, e inclusive por tener la misma nacionalidad.

¿Por qué las normas españolas no han seguido esta tendencia?

A nuestro entender, porque, al menos en teoría, un residente en territorio español que tuviera una participación inferior al 50 por 100, desconocería su posible sujeción a las normas sobre transparencia fiscal internacional, lo que podría ser altamente inconveniente desde el punto de vista de un sistema de gestión tributaria basado en la autoliquidación.

Por otra parte, al menos en los espacios económicos integrados como la Unión Europea, progresivamente perderán vigencia los vínculos referidos a territorios delimitados en términos políticos y la irán ganando los fundamentados en relación a territorios definidos en términos económicos.

La norma española, como podremos ir comprobando a lo largo de nuestra exposición, ha preferido dar un paso corto pero firme, quedando el futuro abierto a progresivas modificaciones que vayan acoplando las normas sobre transparencia fiscal internacional a la compleja realidad.

Queda una última cuestión, pero importante, a examinar en lo concerniente al Derecho comparado. En efecto, ni Francia ni el Reino Unido aplican las normas sobre transparencia fiscal internacional a las personas físicas, circunstancia esta que ha sido esgrimida por determinados sectores de opinión para denunciar una excesiva agresividad de las normas sobre transparencia fiscal internacional españolas.

Sin embargo, tanto Francia como el Reino Unido disponen de instrumentos jurídicos para hacer frente a la evasión fiscal internacional mediante instrumentos jurídicos diferentes a las normas sobre transparencia fiscal internacional, particularmente por lo que se refiere al Reino Unido.

En Francia, el artículo 64 de la Ley de Procedimientos Fiscales establece que «los actos que disimulan el contenido verdadero de un contrato o negocio jurídico no son oponibles a la Administración que está en el derecho de restituir su verdadero carácter a la operación controvertida».

En base a este precepto el Consejo de Estado ha entendido correcto desestimar la personalidad jurídica en el supuesto de «la interposición de estructuras jurídicas sin funcionamiento real» (1). En este sentido, cabe pensar que la constitución de entidades instrumentales en países, o territorios de baja tributación por personas físicas residentes en Francia con el objetivo de situar en sede de las mismas patrimonios, podría caer, bajo determinadas circunstancias, en el campo de aplicación de la norma citada.

En el Reino Unido, el artículo 739 y siguientes de la *Tax Act* de 1988 regulan la tributación por el *Income Tax* que grava a la persona física residente de las rentas que afluyen a un patrimonio transferido por dicha persona física a una persona o entidad residente en el extranjero, bajo determinadas circunstancias, que denotan que el derecho efectivo al disfrute de las mismas corresponde a la persona física residente en el Reino Unido.

Las circunstancias que denotan la existencia de un derecho por parte del transmitente persona física a disfrutar de la renta del patrimonio transferido al extranjero son, básicamente, las siguientes:

- La renta se administra en beneficio de la persona física transmitente.

(1) En relación a *SCI inmobilières* (CE 25-2-1981). Citado en página 311 del decimotercer informe del Consejo de Impuestos.

- La renta incrementa en el valor económico de los derechos que la persona física conserva sobre el patrimonio transmitido.
- La persona física puede decidir la aplicación de las rentas que afluían al patrimonio.

III. RÉGIMEN FISCAL PRIVILEGIADO

El segundo elemento determinante de la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional es el nivel de tributación que soporta la entidad residente en el extranjero. Solamente cuando este nivel no alcance un determinado umbral se abre la posibilidad de aplicar las citadas normas.

El establecimiento de un umbral de tributación obedece a dos razones. La primera, de tipo práctico, aconseja únicamente poner en funcionamiento los complejos mecanismos liquidatorios de las normas sobre transparencia fiscal internacional cuando van a derivarse efectos recaudatorios apreciables. La segunda, de tipo teórico, responde a la idea de acoplar las normas sobre transparencias fiscal internacional a la doctrina de la OCDE, cuestión esta que será estudiada más adelante.

1. Umbral previsto legalmente.

Tanto el artículo 2.Uno b) como el artículo 10.Uno b) relativos, respectivamente, al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y al Impuesto sobre Sociedades, establecen un umbral de tributación único para ambos tributos, que se establece en el 75 por 100 del Impuesto sobre Sociedades.

Para determinar si el umbral de imposición ha sido o no superado es preciso establecer los siguientes elementos:

- Cantidad pagada en el extranjero por impuesto idéntico o análogo al Impuesto sobre Sociedades.
- Cantidad que hubiere correspondido pagar por aplicación de las normas del Impuesto sobre Sociedades.

Ambas cantidades se determinan respecto de las rentas positivas sujetas a inclusión que, como más adelante expondremos, pueden no ser todas las obtenidas por la entidad no residente.

1.1. Impuesto análogo al Impuesto sobre Sociedades.

a) Impuestos sobre los beneficios.

La analogía debemos buscarla en el hecho imponible. En consecuencia, los tributos que gravan el beneficio o las restas obtenidas por las entidades jurídicas deberán ser considerados idénticos o análogos al Impuesto sobre Sociedades.

b) Impuestos sobre el patrimonio o elementos patrimoniales.

Más dudas ofrecen los impuestos que gravan el patrimonio de las entidades jurídicas, porque aun cuando formalmente el objeto imponible es diferente al del Impuesto sobre Sociedades, tanto la imposición sobre el beneficio como la imposición sobre la renta constituyen, en realidad, imposición sobre las rentas del capital, impresión esta que se confirma en aquellos supuestos en los que la imposición sobre el patrimonio es a cuenta de la imposición sobre la renta o el beneficio.

La imposición sobre inmuebles, por el contrario, no puede considerarse «idéntica o análoga» al Impuesto sobre Sociedades, máxime teniendo en cuenta que el Impuesto sobre Bienes Inmuebles es, en nuestra legislación, un gasto contable no relacionado con la obtención de beneficios.

c) Impuestos sobre actividades económicas.

La imposición por el mero hecho de la realización de actividades económicas, al estilo de nuestro Impuesto sobre Actividades Económicas, tampoco puede ser considerada como de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades, y lo mismo cabe decir de las tasas por registro en determinadas «zonas de empresas».

d) Impuestos sobre las operaciones.

Tampoco es dudoso que la imposición sobre el volumen de operaciones o la transmisión de activos no puede ser considerada de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades.

e) Impuestos sobre las rentas percibidas.

Las retenciones que puedan sufrir las rentas obtenidas por la entidad no residente, tanto en el país o territorio en que residan como en otros países o territorios (retenciones por obligación real de contribuir; *withholding taxes*), deben ser consideradas como tributos de naturaleza aná-

loga al Impuesto sobre Sociedades. Téngase en cuenta que dichas retenciones gravan, generalmente, los ingresos por intereses, cánones, dividendos u otras rentas aisladas, de modo que esencialmente están recayendo sobre la renta que se deriva de esos ingresos.

f) Impuestos sobre los beneficios de los que proceden los dividendos.

En determinadas legislaciones se concede una deducción en concepto de impuesto sobre los beneficios que ha gravado los beneficios de los que procede el dividendo. Así sucede en nuestro país (art. 24.5 de la Ley 61/1978). En otras legislaciones los dividendos estén exentos, bajo determinadas circunstancias (exención-participación).

Los impuestos sobre los beneficios de los que procede el dividendo deben ser considerados de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades, siempre y cuando la entidad participada se halle en relación matriz-filial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24.5 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, puesto que el apartado Ocho de los artículos 2 y 10 así lo dispone expresamente.

Debemos observar que la conclusión anterior es válida tanto en el supuesto en el que la entidad no residente tiene derecho a la deducción del impuesto subyacente sobre el beneficio satisfecho por la sociedad filial como cuando tiene derecho a la exención sobre dichos dividendos e inclusive, entendemos, cuando no existe el derecho ni a la deducción ni a la exención.

g) Impuestos sobre los beneficios distribuidos.

Los impuestos que gravan los beneficios distribuidos por la entidad no residente no deben ser considerados como de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades, porque, de una parte, no gravan la obtención de rentas o beneficios, sino su distribución, y de otra, no recaen sobre la entidad no residente sino sobre la entidad perceptora de los dividendos.

A la vista de lo expuesto entendemos que pueden ser considerados como impuestos o gravámenes de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades, los siguientes:

- Los impuestos que recaigan sobre las rentas o beneficios obtenidos por la entidad no residente.
- Los impuestos que se recauden a cuenta del que grava las rentas o beneficios de la entidad no residente.
- Los impuestos satisfechos en concepto de obligación real de contribuir sobre los ingresos de la entidad no residente.

- Los impuestos soportados por las sociedades filiales de la entidad no residente sobre los beneficios de los que proceden los dividendos percibidos por la misma siempre que medie la relación matriz-filial en los términos previstos en el artículo 24.5 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

1.2. Cantidad satisfecha en el extranjero.

Una vez determinada o establecida la analogía entre el impuesto satisfecho por la entidad no residente y el Impuesto sobre Sociedades debe identificarse el importe satisfecho por aquel tributo y que corresponde a alguna de las categorías de rentas que están comprendidas en el apartado dos de los artículos 2 y 10. Observe, por lo tanto, que hay que tener en cuenta dos elementos:

- La cantidad a considerar es el importe satisfecho, no el devengado o el teórico.
- La cantidad a considerar no es el importe satisfecho en su integridad, sino la parte del mismo que corresponde a las rentas que deben incluirse en la base imponible.

1.2.1. Pérdida de beneficios fiscales.

Del primer elemento se deduce que los beneficios fiscales de los que hubiere podido disfrutar la entidad no residente se pierden a los efectos de la determinación del umbral, y si de ello se deriva la obligación de inclusión de la renta positiva en la base imponible de las personas o entidades residentes en territorio español, la consecuencia es la pérdida de los beneficios fiscales con carácter absoluto.

Se ha llegado a decir, a la vista de tal efecto, que la Hacienda Pública española se apropia de los beneficios fiscales concedidos por otros países o territorios, lo que implicaría una conducta tributaria reprochable. Esta denuncia debe ser, sin embargo, matizada en razón de las siguientes reflexiones:

- Si el incentivo fiscal tiene por objeto promover el desarrollo económico de una zona atrasada, mediante la atracción de actividades empresariales, creadoras de puestos de trabajo, el reproche podría ser atendido y tenido por correcto, excepto que se considerase más adecuada una política fiscal que contrarrestase dichos incentivos fiscales con el objeto de que las actividades empresariales se realicen en España, que, dicho sea con claridad, también tiene zonas necesitadas de desarrollo económico e incentivos fiscales para su promoción.

- Si el incentivo fiscal no tiene el objeto mencionado sino que está concebido a modo de un régimen privilegiado para atraer entidades meramente tenedoras de bienes y derechos o de prestación de servicios en el seno de un grupo de sociedades multinacional, el reproche debe ser tajantemente rechazado e, inversamente, aplaudir la norma que hace frente a unos regímenes tributarios que producen graves perjuicios a la Hacienda Pública española.

Ahora bien, si consideramos el tipo de rentas sometidas a la inclusión (apartado dos de los arts. 2 y 10), veremos que solamente puede presentarse el segundo caso.

Es curioso observar que, al mismo tiempo en que en nuestro país se debatía -en algunas ocasiones con cierta vehemencia- el problema expuesto, el Consejo de Impuestos francés expresaba su preocupación por la existencia de regímenes tributarios privilegiados en el marco de la Unión Europea en unos términos decididos y contundentes: «En este espíritu, un reexamen de los paraísos fiscales o de los regímenes fiscales privilegiados en Europa se impone. En el marco de la política de convergencia económica, las incitaciones fiscales pueden ser admitidas por la Comisión y los Estados miembros en favor de Estados o de zonas delimitadas que tienen un retraso en su desarrollo económico. Inversamente, no está justificado que otros países, entre los más ricos, mantengan regímenes fiscales tendentes a atraer empresas de otros Estados miembros; esto es todavía más chocante cuando estos regímenes de favor no son accesibles a sus nacionales: se trata, particularmente de las disposiciones relativas a los *holdings*, los "cuarteles generales" y ciertas zonas francas» (1).

Observamos en este texto la distinción entre dos tipos de incentivos fiscales, a saber: los concernientes al desarrollo económico de determinadas zonas en el marco de la política de convergencia y los constitutivos de regímenes fiscales especiales diseñados para atraer actividades por motivos distintos al desarrollo económico de zonas deprimidas que, por regla general, sólo son accesibles al capital extranjero.

La distinción precitada es esencial para efectuar un juicio sobre la forma de determinación del umbral de tributación y, en particular, sobre la desestimación de los beneficios o incentivos fiscales de los que puede disfrutar la entidad no residente a los efectos de la comparación con la tributación que hubiere correspondido por el Impuesto sobre Sociedades.

Si centramos nuestro campo de visión en la Unión Europea, prácticamente todos los países tienen establecidos los dos tipos de incentivos.

(1) *Conseil des Impôts. Treizième rapport au président de la République*. Pág. 412.

Tal vez Francia sea el paradigma de lo expuesto, puesto que en su sistema tributario hallamos los dos tipos de incentivos: los relativos a creación de empresas y al desarrollo económico de determinadas zonas, y los concernientes a la atracción de determinadas actividades, básicamente de tipo financiero y de prestación de servicios, de los grupos de entidades multinacionales. Pero también Bélgica, Alemania, Grecia, Irlanda, Holanda, Portugal y el Reino Unido, en mayor o menor medida, proporcionan ejemplos de la citada dualidad de incentivos fiscales.

Es interesante confrontar los beneficios fiscales existentes en Francia en relación a la forma de calcular el umbral de tributación en la forma prevista en el apartado Uno b) de los artículos 2 y 10. A efectos didácticos podemos clasificar los incentivos fiscales existentes en Francia de la siguiente manera:

- Incentivos para la creación de nuevas empresas.
- Incentivos para el desarrollo económico regional.
- Incentivos para el aumento de capital de las empresas.
- Incentivos para investigación y desarrollo.
- Incentivos para inversiones en el exterior.
- Tributación de las ganancias de capital.
- Tributación de las sociedades *holding*.
- Tributación de los centros de coordinación.

Los incentivos para la creación de nuevas empresas, consistentes en una exención o reducción temporal de impuestos, sólo pueden ser disfrutados por empresas industriales, comerciales y artesanales. Los incentivos para el desarrollo económico regional (Córcega. Ultramar: Guadalupe, Guyana, Martinica y Reunión. Zona de empresas: Dunkerque, Hubagne-La Ciotat, Toulon-la Seyne. Zonas de inversión privilegiada: Nord-Pas-de Calais), exigen la realización de actividades localizadas en las regiones a que se refieren los mismos. Los incentivos para el aumento de capital de las empresas estuvieron vigentes hasta 1993. Los incentivos para la investigación y desarrollo se conceden por causa de la realización de actividades de investigación y desarrollo. Los incentivos para inversiones en el exterior exigen la realización de actividades exportadoras.

Puede observarse que los incentivos fiscales enumerados, sea por así exigirlo expresamente o por su contextura, solamente se presentarán en el caso de entidades que realicen actividades comerciales o industriales o, en sentido más amplio, actividades de contenido empresarial.

En tal caso, y teniendo en cuenta el tipo de rentas sujetas a inclusión, es muy difícil que tales incentivos sean causantes de un bajo nivel de fiscalidad en el exterior determinante del cumplimiento del requisito establecido en la letra b) del apartado Uno de los artículos 2 y 10. Además, respecto de los beneficios fiscales por investigación y desarrollo y exportaciones, los existentes en la legislación española son más elevados, para ser exactos, incomparablemente más elevados.

Las ganancias de capital a largo plazo tributan al 18 por 100, bajo condición de que sean aplicadas a una reserva indisponible. Dado que el tipo de gravamen al que se someten las plusvalías en España es el 35 por 100 parece claro que se cumplirá el requisito previsto en el apartado Uno b) de los artículos 2 y 10, puesto que $18 < 35\%/75\%$.

¿Es incorrecta, por ello, la norma que determina el umbral de fiscalidad? Entendemos que no. En efecto, si las normas españolas prevén una tributación al 35 por 100 respecto de las plusvalías obtenidas por entidades residentes de territorio español no parece incorrecto que las mismas normas aseguren que dicha tributación no pueda ser burlada mediante la colocación de los activos de que se trate en sede de una entidad residente en Francia controlada por una entidad residente en España. Podrá aducirse que el tratamiento fiscal de las plusvalías en Francia es más idóneo que en España, pero lo que no podrá aducirse es que las normas sobre transparencia fiscal internacional son incorrectas al incidir sobre tales plusvalías, máxime teniendo en cuenta, como más adelante veremos, que las plusvalías afectadas son las de carácter no empresarial, con lo que el tan socorrido, como tantas veces inexacto, argumento de la competitividad exterior no puede ser utilizado decorosamente.

Las sociedades *holding* disfrutan de exención para participaciones iguales o superiores al 10 por 100, tanto sobre dividendos como sobre ganancias de capital. Teniendo en cuenta que en España la exención sólo se predica respecto de dividendos interiores y para participaciones iguales o superiores al 25 por 100, la tributación en Francia será inferior al 75 por 100 del Impuesto sobre Sociedades, por lo que se cumplirá el requisito previsto en la letra b) del apartado Uno de los artículos 2 y 10. Ahora bien, las rentas obtenidas por las sociedades *holding* no están sujetas a inclusión, para participaciones del 5 por 100, según lo previsto en el apartado Tres de los citados artículos.

Los centros de coordinación realizan funciones de dirección, gestión, coordinación y control para las entidades pertenecientes a un grupo de sociedades extranjero, fijándose su base imponible mediante un acuerdo con la Administración que, habitualmente, establece una cuantía entre el 8 y el 10 por 100 de los gastos sufridos por el centro de coordinación. En este supuesto también es posible que la tributación en Francia no supere el umbral de tributación previsto en la letra b) del apartado Uno de los artículos 2 y 10. Y, nuevamente, debemos formularnos la pregunta de rigor: ¿es incorrecta, por ello, la norma que determina el umbral de fiscalidad? Dejemos que sea el propio Consejo de Impuestos francés el que conteste a esta pregunta: «La puesta en vigor por dos países de la Unión Europea, Bélgica y en menor medida Francia, de

regímenes fiscales favorables para los centros de coordinación (*quartiers généraux*), podría conducir a un desarrollo de este tipo de estructuras En el estado actual, ésta es la estructura más criticable, en el seno de la Unión Europea, respecto de las preocupaciones de concurrencia fiscal legal entre los Estados» (1).

Después de esta breve excursión por el campo de los incentivos fiscales en el *Impôt des Sociétés* pueden sentarse tres conclusiones:

Primera. Que la norma sobre transparencia fiscal internacional (arts. 2 y 10 de la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social) no determinará la pérdida de los beneficios fiscales que tienen por objeto fomentar el desarrollo económico de determinadas zonas, la creación de empresas o impulsar la realización de actividades determinadas (investigación y desarrollo, exportaciones), y ello no tanto por la forma en cómo se determina el umbral de tributación cuanto por el tipo de rentas afectadas.

Segunda. Que la norma mencionada tampoco determinará la pérdida del régimen fiscal de las sociedades *holding*, y ello, una vez más, no tanto por la forma de determinación del umbral de tributación cuanto por las previsiones específicas respecto de las sociedades *holding* contenidas en el apartado Tres de los artículos 2 y 10.

Tercera. Que los beneficios fiscales relativos a la atracción de entidades prestadoras de servicios para grupos extranjeros y el régimen de las plusvalías a largo plazo, sí se verán afectados, en principio, pues unos y otros determinarán que el impuesto extranjero, en este caso pagado en Francia, no supere el 75 por 100 del Impuesto sobre Sociedades.

1.2.2. Parte del impuesto que grava la renta positiva a incluir en la base imponible.

El impuesto pagado en el extranjero que ha de ser tomado en consideración a los efectos de establecer la comparación con el Impuesto sobre Sociedades es el correspondiente a la renta positiva tipificada como incluíble en la base imponible de las personas o entidades residentes en territorio español. Por lo tanto, cuando la entidad no residente tenga rentas incluíbles y no incluíbles deberá calcularse el impuesto imputable a las rentas incluíbles.

La forma en cómo deberá hacerse esta operación no está regulada en los artículos 2.Uno b) y 10.Uno b), los cuales se limitan a establecer la correspondencia entre el impuesto pagado y la renta positiva susceptible de inclusión en la base imponible.

(1) *Conseil des Impôts. Treizième rapport au président de la République*. Pág. 307.

En ausencia de una regla legalmente establecida, la correspondencia entre impuesto satisfecho y renta positiva susceptible de inclusión deberá realizarse atendiendo a criterios lógicos. Teniendo en cuenta que el impuesto pagado en el extranjero recaerá sobre los beneficios o los ingresos, un sencillo ejercicio de lógica matemática bastará para establecer el importe de la deuda tributaria satisfecha en que se materializa la correspondencia mencionada. En efecto la deuda tributaria es el resultado de aplicar el algoritmo liquidatorio a la renta obtenida por el sujeto pasivo, en este caso la entidad no residente. Si el algoritmo liquidatorio trata por igual a todas las rentas, bastará una sencilla regla de distribución proporcional para resolver nuestro problema. Por el contrario, si dicho algoritmo distingue entre los diferentes tipos de renta que pudiera obtener la entidad no residente, lo correcto será distinguir.

Es innegable que cuando el algoritmo liquidatorio efectúe distinciones, el cálculo de la deuda tributaria correspondiente a la renta positiva susceptible de inclusión ofrecerá una cierta complejidad. Probablemente serán muy variados los casos que pueden presentarse y, *a priori*, es muy difícil conocerlos en su integridad porque derivan de más de un centenar de sistemas tributarios. No obstante, tres han sido los supuestos más controvertidos, a saber: la existencia de beneficios o incentivos fiscales en relación a actividades generadoras de rentas no susceptibles de inclusión en la base imponible, la existencia de pérdidas susceptibles de compensación y, finalmente, la tributación reducida de las ganancias de capital.

a) Beneficios fiscales respecto de actividades generadoras de rentas no susceptibles de inclusión.

En este caso entendemos que debe aplicarse al algoritmo liquidatorio propio de cada tipo de renta por separado de tal manera que la cantidad a pagar pueda distribuirse entre las rentas derivadas de las actividades que disfruten beneficios fiscales y las otras rentas, entre ellas, por hipótesis, las susceptibles de inclusión. Las consecuencias últimas de esta forma de determinar la correspondencia entre la cantidad pagada y la renta positiva susceptible de inclusión podrán consistir en imputar una cantidad pagada a esta última aun cuando no se hubiere pagado cantidad alguna (1).

b) Pérdidas susceptibles de compensación.

Pudiera suceder que la entidad no residente no hubiere pagado impuesto alguno por causa de la existencia de pérdidas compensables. En tal caso el impuesto satisfecho correspondiente a las rentas positivas susceptibles de imputación es cero. Sin embargo, teniendo en cuenta que en

(1) *Vid.* ejemplo en Anexo a este Capítulo.

el Impuesto sobre Sociedades las pérdidas compensables también minoran la renta del ejercicio a los efectos de la determinación de la base imponible, no se cumplirá el requisito previsto en la letra b) del apartado uno de los artículos 2 y 10 (1).

Lo dicho es válido tanto en el caso en que la pérdida procede de las fuentes de renta susceptible de imputación como en el caso en que procede de otras fuentes de renta. Esto se debe a que en el Impuesto sobre Sociedades las pérdidas se compensan con las rentas totales, cualesquiera que fuere el origen de unas y otras.

c) Tributación de las ganancias de capital.

En algunos países, incluso con elevada tributación sobre los beneficios empresariales, las plusvalías tributan de manera más liviana, y en otros tributan de manera diferida en el tiempo (2).

La tributación más liviana, como por ejemplo sucede en Francia, donde las plusvalías a largo plazo tributan al 18 por 100, determinará que el impuesto pagado en el extranjero (Francia), no supere el umbral de tributación previsto en la letra b) del apartado Uno de los artículos 2 y 10. Puede observarse, sin embargo, que en el marco de los países pertenecientes a la OCDE la tributación privilegiada de las plusvalías es excepcional.

La tributación diferida, por el contrario, está más extendida, aunque aplicándose por regla general respecto de activos afectos a actividades empresariales, las plusvalías en cuestión no constituirán renta susceptible de inclusión. No obstante, en el supuesto en que la tributación diferida afectase a una plusvalía susceptible de inclusión, opinamos que al impuesto efectivamente pagado habrá que sumar los impuestos diferidos o, al menos su valor actual, a los efectos de aplicar la regla prevista en el apartado Uno b) de los artículos 2 y 10.

1.3. Cantidad que hubiere correspondido de acuerdo con las normas del Impuesto sobre Sociedades.

El primer término de la comparación es la cantidad pagada en el extranjero por la entidad no residente por impuesto de naturaleza idéntica o análoga al Impuesto sobre Sociedades, en relación a la renta positiva susceptible de inclusión. El segundo término es la cantidad que hubiere

(1) Vid. ejemplo en Anexo a este Capítulo.

(2) Vid. en Anexo a este Capítulo cuadro resumen de la tributación de las ganancias de capital en 1992, según la OCDE. *La fiscalité dans les pays de L'OCDE.*

correspondido pagar respecto de la renta positiva por el Impuesto sobre Sociedades. Esta última es una cantidad teórica, por cuanto que la renta positiva susceptible de inclusión solamente tributará en España *ex post* del cálculo del umbral de tributación, supuesto que la cantidad pagada en el extranjero no lo alcance.

Para calcular la cantidad precitada será preciso:

- Medir la renta positiva susceptible de inclusión de acuerdo con las normas previstas en el Impuesto sobre Sociedades para la determinación de la base imponible.
- Aplicar el tipo de gravamen correspondiente.
- Practicar todas las deducciones previstas en la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

Como quiera que los estados contables de la entidad no residente vendrán expresados en la moneda del país o territorio en los que se halle domiciliada, deberán convertirse a pesetas, a cuyo efecto se utilizará el tipo de cambio vigente al cierre del ejercicio social de la misma (apartado Seis, arts. 2 y 10).

El cálculo del teórico Impuesto sobre Sociedades encierra una evidente complejidad y, probablemente por ello, los críticos de las normas sobre transparencia fiscal internacional han señalado que esta medida acarreará grandes dosis de inseguridad jurídica, al tiempo que conduce a una situación absurda puesto que cuanto más alto sea el gravamen en el extranjero, más probabilidad habrá de rebasar el umbral de tributación previsto en la letra b) del apartado Uno de los artículos 2 y 10. Esto ha dado pie para argumentar que la Hacienda española estaría incitando a las Haciendas extranjeras a subir sus tipos de imposición.

La primera crítica ha de aceptarse sin reservas, pero la segunda no es consistente, porque lo razonable es pensar que los sujetos pasivos desistirán de constituir entidades jurídicas en el extranjero por motivos fiscales cuando el «ahorro fiscal» que deparan no es sustancioso, y no lo es que los países o territorios de acogida de estas entidades aprueban una fiscalidad «a la carta» justamente para superar ligeramente el umbral de tributación previsto en la letra b) del apartado uno de los artículos 2 y 10, aunque no puede descartarse la puesta en escena de maniobras de este tipo cuando el impuesto a pagar no deriva tanto de unas normas legalmente establecidas cuanto de acuerdos realizados con las autoridades fiscales. En cualquier caso el problema no reside en la norma prevista en la letra b) del apartado Uno de los artículos 2 y 10, sino en la voluntad de eludir la tributación en España aun cuando para ello deba aumentarse el pago a la Hacienda del país o territorio que ofrece refugio.

Son muchas las reflexiones que cabría esbozar acerca de las posibles conductas elusoras en el sentido descrito, así como los remedios jurídicos para impedir sus reprobables objetivos. Sin embargo, en el terreno de lo pragmático debemos notar que, tratándose de personas jurídi-

cas cuyo tipo nominal de gravamen es el 35 por 100, el umbral de tributación ejercerá un papel disuasorio. Por el contrario, tratándose de personas físicas dicho papel no está tan claro, teniendo en cuenta que el tipo marginal del IRPF puede ser de hasta el 56 por 100.

Esta constatación elemental abre un amplio campo de reflexión sobre la tributación de las rentas del capital o fiscalidad del ahorro. Sin ánimo exhaustivo, son varias las interrogantes que, en una primera impresión, afloran:

¿Debería haberse fijado el umbral de tributación previsto en la letra b) del apartado Uno del artículo 2, de manera diferente?

¿Qué riesgos de deslocalización por motivos fiscales entraña un tipo de tributación marginal del 56 por 100?

La primera pregunta no tiene una respuesta fácil. En teoría, el umbral de tributación hubiera debido fijarse en relación al tipo medio de gravamen soportado por el sujeto pasivo del IRPF. Ahora bien, dicho tipo medio estará, en la mayoría de los casos, por encima del tipo general de gravamen del Impuesto sobre Sociedades, y en buena parte de los mismos, muy cerca del tipo marginal máximo puesto que la experiencia indica que las situaciones contempladas por las normas sobre transparencia fiscal internacional se presentan en los contribuyentes de altas rentas. Un umbral de tributación del 75%/50% hubiera determinado un tipo efectivo del 37,5 por 100, y este tipo de gravamen no es alcanzado por un buen número de Estados miembros de la OCDE. Además, un umbral de tributación concebido en la forma expuesta sería difícilmente compatible con la doctrina de la OCDE en relación a las normas sobre transparencia fiscal internacional, como más adelante tendremos ocasión de comprobar.

La segunda pregunta excede de las pretensiones de nuestro trabajo, pero no es difícil entender que un tipo marginal del 56 por 100 sobre unos intereses nominales puede determinar que la cuota tributaria sea superior al importe de los intereses reales. En tal caso, los riesgos de «deslocalización» por motivos fiscales son bien evidentes (1).

Bien se comprende que las normas sobre transparencia fiscal internacional no pueden llegar al maximalismo de establecer un umbral de tributación en razón al tipo marginal del IRPF, sino que más bien, en un escenario de libre movilidad de capitales y escasez de ahorro, el resultado de la reflexión global es buscar la progresividad a través de la imposición patrimonial antes que a través de la imposición sobre la renta.

(1) Para un estudio de la tributación del ahorro, puede consultarse «Fiscalité et épargne des ménages» (OCDE).

1.3.1. Medición de la renta positiva mediante la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sociedades.

La renta positiva susceptible de inclusión deberá ser medida de acuerdo con las normas del Impuesto sobre Sociedades, a los efectos de calcular la «cantidad que hubiere correspondido pagar de acuerdo con las normas del citado impuesto».

Es importante retener esta idea. La base imponible que ha de tomarse no es la que ha servido de base para calcular el impuesto pagado en el extranjero, sino la que hubiera correspondido por el Impuesto sobre Sociedades.

La razón de la forma de cálculo precitada es que lo decisivo en la tributación efectiva no es sólo el tipo de gravamen, sino también la manera en cómo se calcula la base imponible. Tipos de gravamen relativamente elevados, como pueden ser los existentes en Luxemburgo o Bélgica (1), determinan en ocasiones tributaciones exiguas debido a la forma en cómo se calculan las bases imponibles.

Por tanto, a partir del resultado contable determinado por aplicación de las normas contables del país o territorio en el que reside la entidad participada, deberán efectuarse las correcciones precisas para determinar la base imponible que hubiera correspondido por aplicación de las normas del Impuesto sobre Sociedades.

Obsérvese que la entidad no residente es ajena a este proceso. Es el socio residente en territorio español el que resulta obligado por las normas sobre transparencia fiscal internacional. Por tanto la sociedad deberá llevar unas cuentas de acuerdo con las normas del país o territorio en que reside y no está vinculada a la Hacienda Pública española por relación jurídica alguna.

1.3.2. Aplicación del tipo de gravamen correspondiente al Impuesto sobre Sociedades.

El tipo de gravamen que habrá de aplicarse a los efectos de determinar la cantidad que hubiera correspondido pagar por el Impuesto sobre Sociedades, es el que se halla establecido en dicho tributo según la naturaleza del sujeto pasivo. Así, con carácter general, se aplicará el 35 por 100, pero, por ejemplo, tratándose de una fundación acogida a la Ley 30/1994, el tipo aplicable será el 10 por 100 y en el supuesto de una entidad cooperativa el 20 por 100.

Es indiferente el tipo de gravamen al que tributa la entidad no residente participada que, nuevamente, aparece ajena al proceso de cálculo del umbral de tributación.

(1) Véase «Localización de sociedades de prestación de servicios en los grupos multinacionales». IBDF. Enero 1994.

Es incorrecto entender que el tipo de gravamen que define la tributación que hubiera procedido por el Impuesto sobre Sociedades ha de ser el que resulte de la naturaleza de la entidad no residente en relación a las diversas categorías de tipos de gravamen existentes por el citado impuesto. El tipo de gravamen a utilizar será el aplicable a la entidad residente en territorio español, sin que la naturaleza de la entidad no residente participada tenga relevancia alguna.

En relación a sujetos pasivos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas entendemos que habrá de aplicarse siempre el tipo general de gravamen, es decir, el 35 por 100.

1.3.3. Aplicación de las deducciones por el Impuesto sobre Sociedades.

En la aplicación de estas deducciones (deducción por doble imposición interna e internacional, bonificaciones, inversiones) el sujeto pasivo debe situarse en la hipótesis de que obtiene directamente las rentas positivas susceptibles de inclusión devengadas por la entidad no residente participada.

Considerando el tipo de rentas susceptibles de inclusión, probablemente la duda mayor se presentará en relación al privilegio de afiliación o exención-participación aplicable, respectivamente, a dividendos y plusvalías obtenidas por la entidad.

Supongamos que la entidad participada reside en Luxemburgo y que posee acciones por valor de 250.000.000 L. frs. sobre una sociedad residente en Alemania, que representan una participación del 4 por 100. En virtud del importe de la participación tiene derecho a los beneficios de exención de dividendos y también a la exención de los incrementos de patrimonio. Sin embargo, si esos dividendos o plusvalías fuesen obtenidos directamente por la entidad residente en territorio español, tributarían plenamente por el Impuesto sobre Sociedades. Pues bien, para calcular la cantidad que hubiera correspondido pagar por el Impuesto sobre Sociedades no procederá ninguna deducción en relación a los dividendos ni tampoco a las plusvalías.

Sin embargo, si el porcentaje de participación fuera del 25 por 100 se aplicaría la deducción prevista en el artículo 24.5 de la Ley 61/1978. Ha de advertirse, como más adelante veremos, que, bajo determinadas circunstancias, las rentas positivas derivadas de participaciones superiores al 5 por 100 no son susceptibles de inclusión (1).

Las restantes deducciones poca duda han de presentar. Se aplicarán si hubieran sido aplicables aun cuando una deducción similar no exista en el país o territorio donde reside la entidad participada. Sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza de las rentas susceptibles de inclusión no parece fácil que las deducciones por inversiones o las bonificaciones pudieran ser aplicables a los diversos supuestos que la realidad plantea.

(1) *Vid.* Anexo II.

2. Derecho comparado.

La definición de un régimen fiscal privilegiado puede hacerse de tres maneras, básicamente:

- Por comparación entre la tributación de la entidad partícipe y de la entidad participada.
- Por referencia a un porcentaje determinado.
- Por medio de un sistema de listas.

2.1. Comparación de tributaciones.

Este sistema, que es el adoptado por la legislación española, es seguido por Francia y el Reino Unido.

a) Francia.

El artículo 209 B del Código de Impuestos, según redacción establecida por la Ley de Finanzas para 1993 establece que «... la empresa, sociedad o agrupación deben estar explotadas o establecidas fuera de Francia y, además, que dichas entidades estén allí sometidas a un régimen fiscal privilegiado en el sentido del artículo 238 A ...».

Debe observarse que el texto legal refiere el régimen fiscal privilegiado a las entidades participadas y no al país o territorio en el que residen las mismas. Dicha relación y su significación se perciben con mayor claridad si tenemos en cuenta que el texto legal anterior a la modificación operada por la Ley de Finanzas para 1993 establecía que «... de una sociedad establecida en un Estado o territorio situado fuera de Francia cuyo régimen fiscal es privilegiado en el sentido del artículo 238 A ...», pudiendo observarse que el régimen fiscal privilegiado se refería al Estado o territorio.

Una Instrucción de 6 de marzo de 1992, del Servicio Legislativo, había interpretado que el régimen tributario privilegiado debía «apreciarse a nivel de la sociedad ... consiste pues en determinar si la filial está o no sometida en el Estado o territorio considerado a un impuesto notablemente inferior a aquel que habría soportado en Francia por razón de las mismas rentas o beneficios». La justificación de esta interpretación es que, en último término «... es la única compatible con el objeto del artículo 209 B que es el de combatir la evasión fiscal consistente para las

empresas residentes en Francia en localizar sus beneficios en un país en el cual se benefician de un tratamiento fiscal privilegiado». La Ley de Finanzas para 1993 ha venido a consagrar legalmente esta interpretación.

La doctrina del Servicio Legislativo y la justificación que de la misma hace, finalmente consagrada a nivel legislativo, pone bien a las claras que referir el régimen fiscal privilegiado al país o territorio en el que reside la entidad participada es perfectamente inconsecuente con los objetivos de unas normas sobre transparencia fiscal internacional.

Referir la tributación privilegiada a la entidad participada es lo congruente con el objetivo de la norma, en tanto que referirla al país o territorio, en su conjunto, en el que reside dicha entidad es, por el contrario, incongruente.

El inconveniente, al menos aparente, de referir la noción de régimen tributario privilegiado a la entidad participada es que de ello se derivará la aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional respecto de entidades residentes en países o territorios de tributación elevada, tal vez pertenecientes a organizaciones supranacionales como la OCDE o la Unión Europea e, inclusive, con los que se mantengan convenios para evitar la doble imposición internacional.

El inconveniente precitado fue aducido reiteradamente por determinados grupos de interés a lo largo del debate parlamentario de la Ley 42/1994.

En realidad el inconveniente es más aparente que real, como la propia OCDE ha reconocido, puesto que las normas sobre transparencia fiscal internacional no afectan a la entidad no residente sino a la entidad residente que en la misma participa. Sobre esta materia volveremos al tratar de la cuestión de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional, pero vaya por delante que, como bien dice el Servicio Legislativo francés, referir la fiscalidad privilegiada al país o territorio en que reside la entidad participada implica, lisa y llanamente, renunciar al objetivo propio de las normas sobre transparencia fiscal internacional.

El artículo 238 A define el régimen fiscal privilegiado o, por mejor decir, la existencia de un régimen fiscal privilegiado en el caso en que la sociedad participada esté sometida a un gravamen inferior en, al menos, un tercio de aquel que habría soportado en Francia en razón de las mismas operaciones. La doctrina francesa comenta la norma diciendo que «hay lugar a apreciar que la carga fiscal total soportada por la empresa situada en el país concernido y a compararla con el impuesto francés que habría sido aplicado para las mismas operaciones, si estas últimas hubieran sido efectuadas en Francia. La comparación debe pues versar sobre impuestos de la misma naturaleza y tomar en cuenta los regímenes particulares, derogatorios del régimen común, aplicables a ciertas formas de empresas de actividades o de rentas».

Puede apreciarse que existe una cierta similitud entre el régimen francés y el español, que, sin embargo no es, ni puede ser, total, porque el Derecho francés se refiere al régimen tributario de la sociedad participada y el Derecho español al régimen tributario de la renta susceptible de inclusión.

b) Reino Unido.

El artículo 750 de la *Income and Corporation Taxes Act* 1988, modificada por el artículo 119 de la *Finance Act* de 1993, establece que «... una compañía ... será considerada estar sujeta a un nivel bajo de tributación en el territorio de su residencia si el importe del tributo que es pagado por aplicación de las leyes de ese territorio respecto de los beneficios obtenidos en cualquier ejercicio contable es menor que las tres cuartas partes del correspondiente impuesto en el Reino Unido sobre dichos beneficios».

El *Inland Revenue* publica, para orientar a los contribuyentes, dos listas. En la «lista blanca» se enumeran los países o territorios que, bajo ningún concepto, serán afectados, en relación a las entidades participadas que en ellos residan. En la «lista gris» se enumeran los países o territorios que, en relación a determinadas entidades, podrán ser afectados.

En relación a la Unión Europea, las listas de 6 de marzo de 1991 incluyen en la sección «blanca» a Dinamarca, Francia e Italia, y la sección «gris» cita a Bélgica (*foreign sales corporations* y «centros de coordinación» del Real Decreto 187/1982, de 30 de diciembre), España (sociedades que disfrutaban de la deducción por inversiones, Leyes de Presupuestos 1979 y 1980), Grecia (determinadas sociedades previstas en las Leyes 25/1975, 814/1978 y 89/1967), Irlanda (sociedades de la zona de Shanon, exportadoras Ley de Finanzas de 1980, sociedades exentas Ley del Impuesto sobre Sociedades, *holdings* Ley de Finanzas de 1985), Luxemburgo (sociedades Ley de 31-7-1929 y sociedades reaseguradoras), Holanda (*foreign sales corporations*), Portugal (sociedades no gravadas por el Impuesto Industrial, sociedades *holding*, sociedades con exención por reinversión, sociedades con incentivos a la exportación, sociedades que disfrutaban del sistema integrado de incentivos a la inversión, sociedades que gozan de reducción del Impuesto Industrial, sociedades que disfrutaban de los beneficios fiscales del régimen de Madeira y Azores).

La «lista gris» británica es sumamente esclarecedora respecto del campo de aplicación de las normas sobre transparencia fiscal internacional. En efecto, el Reino Unido tiene convenios para evitar la doble imposición internacional, algunos de ellos anteriores a las normas sobre transparencia fiscal internacional (*Finance Act* de 1984), con todos los países de la «lista gris». Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

2.2. Referencia a un porcentaje determinado.

Este sistema se sigue en la legislación alemana y portuguesa.

El artículo 8.3 de la Ley de Transacciones Internacionales establece que «un bajo nivel de tributación existe si la renta no está, ni en el país de la sede social ni en el de la sede principal de la entidad no residente participada, sujeta a una carga tributaria total del 30 por 100 o más, por el impuesto que grava los beneficios ...».

El artículo 57.B.3 del Decreto-Ley número 37/1995 establece que «A los efectos de lo dispuesto en el número 1, se considera que una sociedad está sometida a un régimen claramente más favorable cuando en el territorio de residencia de la misma la tributación por impuesto sobre los beneficios se realiza a una tasa de tributación aplicable sobre los beneficios por debajo del 20 por 100».

Esta forma de determinar el régimen tributario privilegiado tiene la ventaja de la sencillez. En efecto, bastará con comparar el importe pagado por el impuesto sobre los beneficios con el resultado contable. Sin embargo tiene el serio inconveniente de confiar en el resultado contable determinado de acuerdo con las normas del país o territorio en el que se halla domiciliada la entidad no residente, si bien en el caso de Alemania existen determinadas reglas correctoras tratan de paliar este efecto.

2.3. Sistema de listas.

En este sistema caben dos posibilidades: la «lista negra» de paraísos fiscales y asimilados y la «lista blanca» acompañada de la «lista gris».

2.3.1. Lista de paraísos fiscales.

El sistema de «lista negra» en la que se enumeran un conjunto de países o territorios calificados como paraísos fiscales no lo utilizan los países que tienen normas sobre transparencia fiscal internacional.

Por una parte, no es políticamente atractivo declarar oficialmente que un determinado país o territorio con el que se tienen relaciones diplomáticas es un paraíso fiscal, y, por otra, en países con elevada tributación existen entidades sometidas a regímenes tributarios especiales de carácter privilegiado (nichos fiscales).

Basta con examinar la lista de países o territorios calificados como paraísos fiscales establecida en el Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio, establecida a los modestos efectos de exceptuar la exención de determinados intereses e incrementos de patrimonio obtenidos por personas o entidades residentes en los mismos, en la que no consta, por ejemplo, el territorio de Madeira, para constatar la veracidad de nuestra afirmación.

En lo que concierne a los regímenes privilegiados ya hemos hecho anteriormente algunas consideraciones, trayendo a colación las afirmaciones del decimotercer informe del Consejo de Impuestos francés. Como bien apunta el citado informe es lo cierto que en el marco geográfico

de la Unión Europea existen regímenes tributarios de excepción que están pensados para atraer actividades y capitales. La lógica apunta a que las normas sobre transparencia fiscal internacional, si se pretende que sean efectivas, deben también aplicarse en relación a las entidades que disfrutaban de dichos regímenes fiscales privilegiados.

Sin ánimo de exhaustividad, entendemos que puede ser útil exponer, brevemente, el contenido de los regímenes tributarios privilegiados en la Unión Europea diseñados para atraer capitales, actividades financieras y de prestación de servicios intragrupo, a cuyo efecto distinguimos las siguientes categorías:

- Privilegios en la formación de la base imponible.
- Privilegios en la determinación de la cuota.
- Exoneración de dividendos.
- Exoneración de ganancias de capital.

Países Conceptos	Bélgica	Holanda	Luxemburgo	Francia	Alemania	Reino Unido
Dividendos interiores.	Exención 95%. Participación 5%.	Exención. Participación 5%.	Exención. Participación 10%.	Exención. Participación 10%.	Tributación. Imputación.	Exención.
Dividendos exteriores.	Exención 95%. Participación 5%. Excluidos paraísos fiscales y asimilados.	Exención. Participación 5%. Finalidad empresarial.	Exención. Participación 10%. Fiscalidad comparable tipo 15%.	Exención. Participación 10%.	Exención (convenios bilaterales). Participación 10%. Cláusula de actividad.	Tributación. Imputación. Participación 10%.
Ganancias capital interiores.	Exentas (requisitos exención dividendos).	Exención (requisitos exención dividendos).	Exención (requisitos exención dividendos).	Tributación al 18% (largo plazo) o al tipo general (corto plazo).	Tributación al tipo general.	Tributación al tipo general.
Ganancias capital exteriores.	Exención (requisitos exención dividendos).	Exención (requisitos exención dividendos).	Exención (requisitos adicionales exención dividendos).	Tributación al 18% (largo plazo) o al tipo general (corto plazo).	Exención. Participación 10%. Cláusula de actividad.	Tributación al tipo general.

Países Conceptos	Bélgica	Holanda	Luxemburgo	Francia	Alemania	Reino Unido
Pérdidas capital interiores.	No deducibles (excepto liquidación).	No deducibles (excepto liquidación).	Deducibles (a corto plazo) compensables con ganancias (largo plazo).	Deducibles (a corto plazo) compensables con ganancias (largo plazo).	Deducibles (a corto plazo) compensables con ganancias (largo plazo).	Compensables con ganancias.
Pérdidas capital exteriores.	No deducibles (excepto liquidación).	No deducibles (excepto liquidación).	Deducibles (a corto plazo) compensables con ganancias (largo plazo).	Deducibles (a corto plazo) compensables con ganancias (largo plazo).	Deducibles (a corto plazo) compensables con ganancias (largo plazo).	Compensables con ganancias.
Dividendos pagados impuesto compensatorio.	No existe impuesto compensatorio.	No existe impuesto compensatorio.	No existe impuesto compensatorio. Tipos reducidos en convenio.	Existe impuesto compensatorio. Bajo determinadas condiciones no se exige.	Existe impuesto compensatorio. Bajo determinadas condiciones no se exige.	Existe impuesto compensatorio. Bajo determinadas condiciones no se exige.
Dividendos pagados impuesto retenciones.	Existe retención. Tipos reducidos en convenios.	Existe retención. Tipos reducidos en convenios.	Existe retención. Tipos reducidos en convenios.	Existe retención. Tipos reducidos en convenios.	Existe retención. Tipos reducidos en convenios.	No existe retención.
Deducción intereses.	Deducibles.	No deducibles, en cuanto asociados a participación en régimen de exención.	Deducibles, con ciertas excepciones.	Deducibles.	Deducibles con ciertas excepciones.	Deducibles.
Subcapitalización.	No existen normas.	No existen normas, pero sí prácticas administrativas.	No existen normas, pero sí prácticas administrativas.	Existen normas de subcapitalización.	Existen normas de subcapitalización.	Existen normas sobre financiación híbrida.
Servicios de dirección.	Base imponible forfataria.	Base imponible forfataria.	Base imponible forfataria.	Base imponible forfataria.	—	—
Servicios financieros.	Base imponible forfataria.	Base imponible forfataria.	Base imponible forfataria.	—	—	—
Servicios de seguros.	Base imponible forfataria.	—	Provisiones específicas.	—	—	—

No todos los regímenes tributarios del esquema precedente tienen la misma significación. En efecto, la exención de dividendos e intereses de ganancias de capital, en menor medida, pueden justificarse con la eliminación de la doble imposición de dividendos. La determinación forfataria de bases imponibles es, claramente, un régimen tributario privilegiado.

2.3.2. «Lista blanca» y «lista gris».

En este sistema de doble lista, la «lista blanca» contiene una enumeración de los países o territorios respecto de los cuales las normas sobre transparencia fiscal internacional no serán de aplicación. La «lista gris» contiene el conjunto de países o territorios respecto de los cuales únicamente se aplican las normas sobre transparencia fiscal internacional en relación a determinadas entidades por razón del régimen tributario privilegiado del que disfrutan. Por exclusión, las normas sobre transparencia fiscal internacional serán aplicadas a cualquier entidad que resida en países o territorios que no se hallan incluidos en ninguna de las dos listas precedentes.

El sistema de doble lista es, en cierta medida, una versión refinada del sistema de lista única de paraísos fiscales y, en cuanto tal, presenta los mismos inconvenientes de carácter político aunque suavizados. No obstante, tiene la ventaja de la certeza que proporciona a los contribuyentes, pues éstos, al utilizar una determinada entidad extranjera para hacerla centro de sus inversiones, conocen perfectamente las consecuencias fiscales de su decisión. En este sentido este sistema es muy recomendable cuando el espectro de las rentas afectadas es muy amplio.

En algunos países que emplean el sistema de la comparación de tributación, como el Reino Unido, por ejemplo, la Administración publica «listas informales» para orientar la actuación de los funcionarios aplicadores de la norma. No debe, sin embargo, confundirse el sistema legal de doble lista con la publicación de listas informales orientadoras.

Aplican el sistema de doble lista Australia y Nueva Zelanda.

2.4. *No consideración del nivel de tributación.*

Algunos países no consideran el nivel de tributación al que está sometido la entidad participada residente en el extranjero. Éste es el caso de Canadá.

En Estados Unidos, en lo concerniente a las normas sobre transparencia fiscal internacional contenidas en el subapartado F del *Internal Revenue Code*, el artículo 954 b) 4 del citado cuerpo legal prevé una reducción o exclusión en relación a la parte de cuenta obtenida por la entidad participada que «... esté sujeta a un tipo efectivo de tributación por el impuesto sobre la renta superior al 90 por 100 del tipo máximo del US Corporate ...».

Algunos autores, como Sandler (1), teniendo en cuenta lo elevado del porcentaje y que el mismo opera para determinar una exclusión de una fracción de la renta, clasifican a los Estados Unidos entre los países que no toman en consideración el nivel de tributación. En el mismo sentido se pronuncia la OCDE (2).

2.5. Conclusiones sobre el Derecho comparado.

La variedad de las soluciones legislativas respecto de la cuestión de la influencia y determinación del régimen de tributación de la sociedad controlada no permite formular unas conclusiones rígidas que sirvan para enjuiciar y clasificar inequívocamente la formulación empleada por el legislador español. No obstante, sí caben determinadas conclusiones de carácter general:

- El sistema de lista de países o territorios calificados como paraísos fiscales adolece de imperfecciones técnicas notables, en cuanto que en países o territorios de elevada tributación se establecen regímenes particulares privilegiados para determinadas entidades y, además, no es fácil de instrumentar correctamente por razones políticas.

Este sistema no es utilizado en las diversas legislaciones que tienen establecidas normas sobre transparencia fiscal internacional, aunque en algunas ocasiones ha sido sugerido como un primer paso que tendría la ventaja de dar certeza al contribuyente (3).

- El sistema de doble lista tiene la ventaja de la seguridad jurídica, pero no supera el inconveniente político. No obstante, si las listas son meramente informales su utilidad es evidente para los servicios de inspección.
- El sistema de comparación entre el impuesto pagado en el extranjero y el impuesto que hubiera correspondido pagar en el país donde reside la entidad o persona que participa en la entidad no residente, es el más extendido. Además, el fundamento del sistema de doble lista reside, en último extremo, en una comparación de carácter implícito.

Este sistema tiene la ventaja de la objetividad y, por lo mismo, está desprovisto de problemas de orden político. A cambio, implica una evidente complejidad y, por lo tanto, incorpora una cierta dosis de inseguridad jurídica.

- La ausencia de referencias a un nivel de imposición de la entidad participada elimina, radicalmente, un elemento de complejidad. Teniendo en cuenta que, por lo general, las normas sobre transparencia fiscal internacional contienen las previsiones necesarias para evitar la doble imposición, ha de reconocerse que la referencia al régimen tributario de la entidad participada no es un elemento necesario del sistema de normas

(1) *Appendix: Summary of controlled foreign company legislation.*

(2) *Quatre études sur l'évasion et la fraude fiscales internationales.* OCDE 1987.

(3) El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en el marco de una Proposición no de Ley, proponiendo, entre otras medidas, normas sobre transparencia fiscal internacional, sugería el establecimiento de una lista de paraísos fiscales por razones de mayor seguridad jurídica, si bien reconocía que ése no era el criterio que siguen los países que disponen de normas sobre la materia.

que regulan la transparencia fiscal internacional. Sin embargo, dos razones aconsejan su establecimiento. En primer lugar, la conveniencia de no desencadenar un complicado procedimiento liquidatorio de escasos resultados prácticos. En segundo lugar, el respeto a la doctrina de la OCDE, como expondremos en el lugar oportuno.

- La técnica adoptada por el legislador español puede homologarse sin dificultad como un sistema de comparación de tributación, dentro del respeto a la doctrina de la OCDE, como más adelante se verá, y exenta de problemas políticos, aunque, tal vez, compleja de aplicar. Ahora bien, esta complejidad queda muy matizada y suavizada si tomamos en consideración el tipo de rentas respecto de las cuales se aplica la transparencia fiscal internacional.

ANEXO I

Determinación de la cantidad pagada imputable a la renta positiva susceptible de inclusión

1. Beneficios fiscales respecto de actividades generadoras de rentas no susceptibles de inclusión.

Rentas susceptibles de inclusión	100
Rentas no susceptibles de inclusión (previas)	200
Libertad de amortización (activos empresariales)	(300)
Rentas gravables	0
Tipo de gravamen	34%
Impuesto pagado	0
Impuesto imputable a la renta susceptible de inclusión	34
Impuesto imputable a la renta no susceptible de inclusión	(34)

2. Pérdidas compensables.

EJERCICIO 1995

Rentas susceptibles de inclusión	40
Rentas no susceptibles de inclusión	(70)
Rentas gravables	(30)
Impuesto pagado	(0) (1)

(1) No hay inclusión en virtud de lo dispuesto en el párrafo tercero del apartado Tres.

EJERCICIO 1996

Rentas susceptibles de inclusión	30
Rentas no susceptibles de inclusión	20
Pérdidas compensables	(30)
Tipo de gravamen	30%
Impuesto pagado	6
Impuesto correspondiente a las rentas susceptibles de imputación (6 x 20/50)	2,4
Rentas susceptibles de inclusión (antes compensación)	20
Pérdidas compensables imputables a las rentas susceptibles de inclusión (30 x 20/50)	12
Rentas susceptibles de inclusión (después compensación)	8
Impuestos sobre Sociedades (8 x 0,35)	2,8

No se cumple el requisito previsto en la letra b) del apartado Uno de los artículos 2 y 10, porque $2,4 > 2,8/75\%$.

3. Ganancias de capital.

Rentas de actividades empresariales	100	
Ganancias de capital	40	
tg rentas de actividades empresariales	33,33%	
tg ganancias de capital	18%	
Cuota rentas empresariales	33,33	(100/33,33%)
Cuota ganancias de capital	7,2	(40/18%)
Impuesto sobre Sociedades correspondiente a las ga- nancias de capital	14	(40/35)

Se cumple el requisito previsto en la letra b) del apartado Uno de los artículos 2 y 10, porque $7,2 < 14/75\%$.

ANEXO II

Determinación de la cantidad que hubiera correspondido pagar por el Impuesto sobre Sociedades

1. Centro de coordinación belga, cuya base imponible se fija en el 8 por 100 de los gastos, excluidos los de personal y financieros. La entidad residente en España posee el 100 por 100.

Cuenta P y G

Intereses	800	Intereses	1.000	(1)
Personal	15			
Otros gastos	50			
Resultado	135			
	<u>1.000</u>		<u>1.000</u>	

Impuesto sobre Sociedades belga:

– Base imponible (50/0,8)	4
– Cuota [4/(39% + 3%)]	1,68

Impuesto sobre Sociedades belga correspondiente a la renta positiva incluíble:

$$\frac{1,68 \times 600}{1.000} = 1,008$$

Impuesto sobre Sociedades que hubiera correspondido pagar en España:

– Base imponible	135
– Cuota (135/0,3)	47,25

Impuesto sobre Sociedades correspondiente a la renta positiva incluíble:

$$\frac{47,25 \times 600}{1.000} = 28,35$$

Se da el supuesto previsto en la letra b) del apartado Uno, porque:

$$1,008 \leq 28,35/75\%.$$

(1) Préstamos a entidades vinculadas y residentes en España: 600.

2. B.V. holandesa participa en el 30 por 100 del capital social de una entidad residente en Suiza de tenencia de valores. Tiene concedido el privilegio de afiliación. La entidad residente en España posee el 100 por 100. La entidad residente en Suiza tributa al 28 por 100.

Cuenta P y G

Gastos	120	Dividendos	720 (Suiza)
Saldo	1.000	Intereses	400
	<u>1.120</u>		<u>1.120</u>

Impuesto sobre Sociedades en Holanda (los gastos son imputables a los intereses en 80 y en 40 a los dividendos).

– Base imponible (640 deducibles por privilegio de afiliación)	360
– Cuota (360/0,4)	144

Impuesto sobre Sociedades correspondiente a la renta positiva incluíble:

– Base imponible (1.000 + 280) (Impuesto sobre Sociedades suizo).	
– Cuota (1.280/0,35 – 280)	168

No se cumple el supuesto previsto en la letra b) del apartado Uno, porque: $144 > 168/75\%$.

3. Sociedad residente en Luxemburgo dedicada a la práctica del reaseguro. Opera para entidades residentes en territorio español y vinculadas.

Cuenta P y G

Primas cedidas	800	Primas de reaseguro captadas	1.000
Dotación provisiones	180		
Saldo	20		
	<u>1.000</u>		<u>1.000</u>

Impuesto sobre Sociedades en Luxemburgo:

– Base imponible	20
– Cuotas (20/0,33)	6,6

Impuesto sobre Sociedades correspondiente a la renta positiva incluíble. Para calcular el impuesto se toman en cuenta las dotaciones a las provisiones correspondientes según la legislación española que, suponemos, son 60:

– Base imponible	80
– Cuota (80/0,35)	28

Se da el supuesto previsto en la letra b) apartado Uno, porque $6,6 \leq 28/75\%$.

4. Fundación acogida al Título II de la Ley 30/1994 participa en el 100 por 100 de una entidad residente en Irlanda dedicada a la tenencia de valores. Esta entidad tributa al 10%.

Cuenta P y G

Saldo	100	Intereses	100
-------------	-----	-----------------	-----

Impuesto sobre beneficios pagado en Irlanda:

$$100/10\% = 10$$

Impuesto sobre Sociedades correspondiente a la renta positiva incluíble:

$$100/10\% = 10$$

No se cumple el supuesto previsto en la letra b) del apartado Uno, porque $10 < 10/75\%$.