

TRIBUTACION

PLANIFICACION FISCAL INTERNACIONAL (IV):  
MEDIDAS ANTIELUSION

N.º 242

TRABAJO EFECTUADO POR:

LETICIA CARRASCO REIJA

JOAQUIN CARRASCO REIJA

*Masters en Tributación/Asesoría Fiscal  
Centro de Estudios Financieros*

## *Sumario:*

- I. Introducción.
- II. Legislación sobre los precios de transferencia. «Transfer Pricing».
  - 1. Medidas «Transfer Pricing» en España.
  - 2. Medidas «Transfer Pricing» en EE.UU.
    - 2.1. Criterios para establecer la vinculación de una operación.
    - 2.2. Situaciones que encubren una operación vinculada según la Administración de los EE.UU.
  - 3. Medidas en materia de precios de transferencia entre sociedades vinculadas en la CEE.
    - 3.1. Aplicación del convenio en Holanda.

...

...

- III. Listado de paraísos fiscales.
- IV. Retenciones en la fuente a los no residentes.
  - 1. Retención en los pagos en especie en Holanda.
- V. Desplazamiento de la carga de la prueba.
- VI. Subpart F de la Ley de Finanzas de los EE.UU.
- VII. Impuesto sobre Sucursales.
  - 1. Legislación en EE.UU.
  - 2. Legislación en España.
- VIII. Acuerdos fiduciarios.
- IX. Otras medidas fiscales.
  - 1. Emigración.
  - 2. Sociedades «Rent-a-star».
  - 3. Transferencia de activos al extranjero.
  - 4. Fondos de inversión «offshore».
  - 5. Medidas de control de cambios.

<b>TRIBUTACION</b>	<b>PLANIFICACION FISCAL INTERNACIONAL (IV): MEDIDAS ANTIELUSION</b>	<b>N.º 242</b>
--------------------	---	----------------

## I. INTRODUCCION

La existencia de medidas antielusión en los convenios y en las legislaciones propias de cada país se debe a la urgente necesidad de evitar que beneficios obtenidos dentro de la legalidad y, por consiguiente, los impuestos con los que serían gravados, sean «eludidos» mediante una planificación fiscal internacional.

Vamos a tratar aquellas medidas que toman las Administraciones para evitar la elusión del pago de impuestos amparándose en la legislación internacional y los convenios existentes entre países.

Hay que resaltar también que las Administraciones no legislan en contra del uso de un paraíso fiscal cuando este uso les produce un beneficio. Esta es la razón por la que aunque las medidas antielusión existen desde hace muchos años, siguen realizándose todo tipo de operaciones. Para algunos países supone una fuente principal de ingresos y prefieren sacrificar los altos tipos, existentes en otros países, por otros bajos que atraigan capitales.

Existen muchas medidas legales para impedir el uso o abuso de los paraísos fiscales. Estas pueden ser divididas, de una forma amplia, en dos clases: Generales y específicas.

Las medidas generales contra la elusión y evasión de impuestos incluyen aquellas referentes a los precios de transferencia y las referidas al «Fraude de Ley» y al principio del «Fondo sobre la Forma».

Se podría decir que la medida más eficaz de defensa sería la de no realizar tratados con los Gobiernos de los paraísos fiscales o hacerlos en unas condiciones en las que el fraude fuera imposible.

Sin embargo, las campañas contra los paraísos fiscales pronto requirieron un mayor número de medidas específicas, ya que las economías de algunos países desplazaban hacia sí todo el volumen de operaciones. El tipo más importante de medidas es aquel relativo al diferimiento de impuestos producido por el uso de sociedades holding personales o de sociedades y subsidiarias en paraísos fiscales.

Este tipo de legislación ha tenido su modelo en las medidas «Subpart F» de EE.UU. Esta es la más sofisticada forma de legislación que ya se ha extendido a Canadá, Francia, Alemania, Australia, Bélgica, India, Nueva Zelanda, Japón y Reino Unido. En ésta se dispone la obligatoriedad de tributar por cierto tipo de beneficios no distribuidos de sociedades en paraísos fiscales controladas por residentes.

Otro instrumento táctico es el que permite a las autoridades desplazar la carga de la prueba al contribuyente que realiza una operación con un paraíso fiscal y ha despertado el interés de las autoridades.

Un ejemplo de otra forma de legislación más particular sería la cláusula sueca por la que el efecto de una transacción no se permitirá si el contribuyente obtuviera una ventaja fiscal contraria al principio básico de la ley, que de haber sido aplicado habría obligado a utilizar otro esquema para realizar la operación. Otro ejemplo de estas medidas es la llamada «Annihilation Provision» o medida aniquiladora utilizada en Nueva Zelanda. Gracias a ésta cualquier clase de acuerdo será absolutamente nulo si directa o indirectamente tiene o intenta tener la intención de evadir impuestos. Australia hasta hace poco tiempo también aplicaba la «Annihilation Provision» pero a partir del 28 de mayo de 1981 una nueva medida antielusión fue introducida para solucionar las deficiencias encontradas en la legislación anterior.

Ampliamente hablando, puede parecer que las nuevas medidas aplicadas a los acuerdos sean un obstáculo insalvable para la utilización de paraísos o estructuras de planificación fiscal internacional. Sin embargo, a través de los resquicios que deja el legislador en estas medidas generales se puede obtener muchas ventajas. Debido a ello, las autoridades de muchos países intentan continuamente encontrar nuevas normas donde apoyarse que, incluso, van más allá de lo prescrito por la ley. En este caso el único recurso posible es una legislación específica por parte de la Administración y una férrea defensa del derecho del contribuyente a reducir sus impuestos.

Esta posible debilidad de las medidas generales probablemente aún exista, pero hay indicios en algunos países de que las actitudes de los tribunales pueden haber cambiado en los últimos años. Sin embargo, las medidas generales son todavía el arma legislativa más importante utilizada por las autoridades fiscales para evitar el abuso en las operaciones con paraísos fiscales.

Vamos a ir analizando ahora diferentes medidas que se han ido desarrollando en algunos países.

## II. LEGISLACION SOBRE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA. «TRANSFER PRICING»

La mayoría de los países conceden a la Administración el poder de investigar las operaciones en las que se conducen ingresos de unos países a otros mediante empresas o personas relacionadas entre sí. Estas operaciones están enfocadas particularmente a transacciones con paraísos fiscales, aunque son un importante instrumento para prevenir el paso de beneficios a sociedades base en paraísos fiscales.

La legislación sobre precios de transferencia en algunos países es exhaustiva. Es el caso de la sección 482 del United States Internal Revenue Code y sus regulaciones. Un gran número de países se apoya en actuaciones más generales, capacitando a las Administraciones para corregir los precios de transferencia según cómo realizaran la misma operación dos personas independientes.

Desde la publicación en 1979 del informe de la OCDE «Transfer Pricing and Multinational Enterprises» (1), sin embargo, ha habido una tendencia en muchos países (Canadá, Dinamarca, Alemania, Italia y Japón) a suplir dichas actuaciones con otras más detalladas líneas administrativas con el fin de aplicarlas en casos específicos de transferencia de precios.

Una de las medidas tomadas por ciertas Administraciones para mejorar la eficiencia en el trato de los precios de transferencia es la de las auditorías centralizadas para grandes sociedades realizadas por auditores especializados en investigación industrial.

La forma de conocer la existencia del uso de estos precios es normalmente a través de los impuestos en conexión con una auditoría de los mismos, así como los procedimientos que en muchos países tiene la Administración para solicitar a los contribuyentes que faciliten la información relativa a su contabilidad.

Los Estados Unidos han establecido como parte de su planificación un programa especializado de industria. Este se encarga del examen de varios contribuyentes importantes de forma conjunta y bajo la dirección de un especialista de industria.

(1) OCDE, «Transfer Pricing and Multinational Enterprises». *Three Taxation Issues*, París, 1984.

## 1. Medidas «Transfer Pricing» en España.

La disposición adicional quinta de la Ley 18/1991 que modifica la Ley 61/1978, del Impuesto de Sociedades, cambia la redacción del artículo 16 dando unas normas de valoración de los ingresos y gastos. Fija como normas generales que los ingresos y gastos se computarán: por su valor contable, siempre que éste represente la verdadera situación patrimonial, y establece como norma en caso de vinculación entre las partes, la valoración de mercado siendo ésta la que establecerían dos partes si fueran completamente independientes. Esto supone un ajuste bilateral entre las dos partes, pero con carácter limitado ya que sólo se puede realizar en el plazo voluntario de la declaración. Concluido el plazo citado los ajustes por operaciones vinculadas, disminuciones de ingresos o aumentos de gastos están prohibidos para cualquiera de las partes cuando actúe la Administración.

Lo anteriormente dispuesto es de aplicación a las sociedades vinculadas directa o indirectamente con otras no residentes en España y a las operaciones realizadas por una sociedad no residente con sus establecimientos permanentes en España o por una sociedad residente con sus establecimientos permanentes en el extranjero. Se entenderán vinculadas cuando participen directa o indirectamente del 25% del capital social de otra o cuando sin mediar esta circunstancia, una sociedad ejerza en otras funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión.

Otra norma antielusión creada en esta disposición es la tendente a reducir la subcapitalización que consiste en establecer un *ratio* de endeudamiento máximo a partir del cual los ingresos se considerarán fiscalmente como dividendos, con el tratamiento que normalmente se le dispensa.

El apartado nueve del artículo 16 dispone que se aplicará el coeficiente 2 sobre el valor medio del capital fiscal en el ejercicio y se restará el resultado obtenido al endeudamiento medio directo o indirecto remunerado, habido en el ejercicio con una persona o entidad no residente siempre que estén vinculadas ambas, de acuerdo a lo citado en el párrafo anterior (núms.4 y 5 del art.16). Para obtener el exceso de endeudamiento y de intereses se utilizarían estas fórmulas:

$$\text{Exceso de endeudamiento} = \text{Endeudamiento no residente vinculado} - (2 \times \text{capital fiscal})$$

$$\text{Exceso de Intereses} = (\text{Intereses satisf. a ent. no res. vinc.} \times \text{Exc. de endeudam.})$$

---

endeudamiento no residente vinculado

A este respecto debemos hacer notar que esta última medida se está excediendo al calificar como dividendos otras cantidades diferentes de las así calificadas en el convenio de doble imposición aplicable entre los dos países en cuestión, que gracias a lo dispuesto en el Código Civil artículo 9.9 (2) es anterior en su aplicación a la normativa interior española.

## 2. Medidas «Transfer Pricing» en EE.UU.

La política de «Transfer Pricing» o precios de transferencia de organizaciones multinacionales es muy perseguida por la mayoría de los países y quizás en ningún sitio de una forma más exhaustiva como en EE.UU., donde el «Internal Revenue Service» (IRS) proporciona poderes sustanciales a la Administración, gracias a lo dispuesto en la sección 482 del «Internal Revenue Code» (IRC) y a muchas sentencias que han hecho presente la efectividad de la legislación antievasión en los EE.UU. relativa a los precios de transferencia. Vamos a referirnos a ellas por ser imprescindibles para la planificación fiscal internacional entre EE.UU. y cualquier otro país; y además como fuente de futura normativa en España y en otros países.

Como en el Reino Unido con el T.A.«Trust Act» de 1988 en su sección 770, el IRS tiene poderes para restablecer los precios de grupo donde las transacciones no son comercialmente aceptables. Sin embargo, aun cuando la legislación anterior normalmente se aplicaba a transacciones entre una sociedad doméstica y una extranjera, la sección 492 también es válida para residentes y no residentes.

### 2.1. Criterios para establecer la vinculación de una operación.

Las normas de la sección 482 del IRC americano establecen ciertos criterios para comprobar si una operación es vinculada o no (Arm's length prices):

- a) Comparar los precios cargados, con precios no controlados y comparables, que se podrían haber pagado por los mismos bienes y entre partes que estuvieran vinculadas.
- b) Averiguar el precio actual de venta de los productos y deducir un margen razonable de beneficio.

---

(2) 9. En los supuestos de doble nacionalidad previstos en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales ... .Código Civil artículo 9.9.

- c) Averiguar los costes básicos de ese producto y añadir un beneficio aceptable dentro de la industria.

La regulación no solamente cubre los precios de los productos, sino también: Intereses de préstamos, royalties, comisiones de dirección y otros beneficios pagados o recibidos por sociedades extranjeras o americanas.

*2.2. Situaciones que encubren una operación vinculada según la Administración de los EE.UU.*

El manual del impuesto americano «Internal Revenue Field Manual» proporciona algunas puntualizaciones de lo dispuesto en el IRS en su sección 482 de restablecimiento de precios en operaciones vinculadas, son las siguientes:

1. Repatriación de beneficios extranjeros como préstamos.
2. Un exceso en los balances con las filiales extranjeras debido a la falta de pagos de intereses y donde la deuda puede subsiguientemente ser cancelada.
3. Ausencia de activo esperado como por ejemplo patentes, en la hoja de balance.
4. Gastos de investigación y desarrollo ocultos o que no aparecen cuando el activo no es propiedad de la sociedad y no se pagan royalties por lo recibido.
5. Receptores improbables de royalties como sociedades suizas o de Liechtenstein.
6. Royalties pagados por la venta de bienes comprados por las filiales.
7. Pagos por patentes terminadas y pagos por marcas comerciales.
8. Excesivos costes de administración los cuales pueden ser debidamente cargados a las filiales extranjeras o pagos a una sociedad filial extranjera por costes administrativos que pueden ser excesivos.
9. Tipos de interés no comerciales de royalties o de otros gastos fijos.
10. Enajenación de bienes parcialmente terminados que son completados en el extranjero donde la parte principal del beneficio es retenido.
11. Comisiones de terceros o descuentos a filiales extranjeras.



12. Facturación a una filial cuando el envío en realidad pertenece a otra.
13. Localización de la remuneración de los ejecutivos encargados de supervisar las sociedades extranjeras y que solamente son cargados en las cuentas locales.
14. Ausencia de pagos de renta incurridos por filiales extranjeras y de los detalles completos de los locales ocupados que puedan indicar la extensión y naturaleza de sus actividades.
15. Acuerdos interiores de «charter» en grupos de transporte de mercancías que deberían ser cuidadosamente examinados.
16. Cambios en la forma de contabilizar los márgenes brutos, los beneficios netos, ciclo de compra-venta , balance de acreedores y deudores, cuentas con filiales extranjeras que deberían ser cuidadosamente analizados.
17. Liquidaciones de filiales extranjeras que deberían ser analizadas para ver si beneficios ordinarios han sido convertidos en incrementos de capital.
18. Comprobar si han sido efectivamente consideradas las primas pagadas a sociedades de seguros cautivas.

La lista anterior no es exhaustiva pero da una visión de algunas de las materias que debían ser consideradas por los contribuyentes en su contabilidad que posteriormente pueda ser revisada y que sin lugar a duda sería descubierta por la aguda vista de los inspectores.

### **3. Medidas en materia de precios de transferencia entre sociedades vinculadas en la CEE.**

Las medidas relativas a los convenios de doble imposición en materia de precios de transferencia entre sociedades vinculadas 90/436 de la CEE fueron propuestas originalmente en 1976 como Directiva pero posteriormente fueron reconducidas en forma de convenio multilateral (3).

El 23 de julio de 1990, Estados miembros de la CEE firmaron el Convenio de eliminación de la doble tributación de los ajustes realizados a los beneficios de empresas asociadas (Convenio de la CEE 90/436 CEE; OJ 1990 L 220/110). El Secretario de Finanzas y Asuntos Extranjeros del Estado holandés remitió un proyecto de ley a la segunda Cámara del Parlamento en julio de 1992 para la aprobación del convenio.

(3) MATTHEW BENDER. *Tax Letter Europe*, 17 de agosto de 1992.

El convenio dispone que las empresas establecidas dentro de la CEE pueden forzar a un Estado miembro a negociar con otro si se produce una doble tributación como resultado de la incorrecta aplicación del principio de operación vinculada. Si los Estados contratantes no pudieran ponerse de acuerdo están obligados a acatar la decisión de un consejo constituido al efecto. Este convenio puede constituir un gran paso hacia la eliminación de la doble tributación para las empresas comunitarias.

### *3.1. Aplicación del convenio en Holanda.*

Con respecto a Holanda el convenio se aplica al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y Jurídicas. La normativa de este convenio dispone que las autoridades del Estado deben notificar a la empresa su intención de ajustar los beneficios de la empresa de acuerdo con el principio de operación vinculada. Si una empresa cree que el principio de operación vinculada no está siendo adecuadamente aplicado, puede presentar su caso a la autoridad competente del Estado contratante en el cual tiene su establecimiento permanente. Esta notificación debe hacerse dentro de los 3 años posteriores a la fecha en la cual primeramente fuera notificado el ajuste que dio origen a la doble tributación. Asimismo, la empresa debe notificar a la autoridad competente de cualquier otro Estado contratante afectado.

Además de las obligaciones de notificación de la empresa, el primer Estado afectado está obligado a notificar también a la autoridad competente del otro Estado en cuestión. Si las autoridades competentes de los Estados contratantes no pudieran alcanzar un acuerdo que eliminase la doble tributación dentro de los 2 años siguientes a la primera remisión del caso a las mismas, deberán formar un consejo. Este consejo debe tomar una decisión por mayoría simple de sus miembros dentro de los 6 meses posteriores.

El proyecto de ley dispone que el Inspector Fiscal holandés es la autoridad que debe notificar a la empresa su intención de ajustar sus beneficios empresariales de acuerdo con el principio de operación vinculada. Normalmente bajo la Ley Fiscal holandesa el principio de operación vinculada puede ser aplicado si una empresa participa directamente o indirectamente en el capital de otra empresa. Bajo el convenio el principio de operación vinculada solamente será aplicable cuando una empresa o Estado contratante participe en la dirección y control de la empresa de otro Estado contratante.

De esta forma el principio de operación vinculada ofrece una visión mas amplia que la inicialmente establecida en la Ley Fiscal holandesa. El consejo está autorizado para consultar a ambas empresas y a las autoridades implicadas la información que estime oportuna. Según lo dispuesto en el convenio no existe sanción para la empresa si no proporcionase la información solicitada. Sin embargo ésta puede ser requerida por el Secretario de Finanzas holandés ya que éste sí puede imponer sanciones si no son atendidos sus requerimientos. El proyecto de ley

dispone que el Inspector Fiscal debe reducir el gravamen de acuerdo con la decisión de las autoridades competentes (nunca podrá ser aumentado por la aplicación del mismo). El plazo para su entrada en funcionamiento será el primer día del tercer mes siguiente al que el instrumento de ratificación sea aprobado por el último Estado firmante.

Este convenio ofrece a las empresas de la CEE la posibilidad de forzar a los Estados miembros a negociar si como consecuencia de una incorrecta aplicación del principio de operación vinculada apareciese una doble tributación. Su importancia estriba en que no existe esta cláusula en los tratados actuales, y que es aplicable aun cuando no existiese tratado para evitar la doble tributación, como por ejemplo en el caso de Holanda y Portugal, que lo aplican por ser ambos países comunitarios, que han ratificado el tratado.

### III. LISTADO DE PARAISOS FISCALES

Este es otro sistema que utilizan las Administraciones para evitar el paso de intereses e incrementos de patrimonio a estos países que ya la propia Administración califica de «paraísos fiscales», y para los cuales no será de aplicación el tratamiento dispensado a dichos intereses e incrementos de capital obtenidos o producidos en España.

Esta relación de países es publicada por la Administración y en ella se incluyen todos los paraísos fiscales. Es curiosa esta posición de la Administración, ya que cada corto período de tiempo aparecen otros, y de esta forma la validez de la medida se anula.

Por ejemplo, recientemente se ha publicado (4) una lista con los paraísos fiscales a efectos de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 18/1991, artículo 23 de la Ley 61/1978, del Impuesto de Sociedades, y el artículo 24 de la Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de la Comunidad Europea.

La relación completa de países y territorios es la siguiente:

1. Principado de Andorra.
2. Antillas Holandesas.
3. Aruba.

---

(4) Real Decreto 1080/1991, de 5 de julio.

4. Emirato del Estado de Barhein.
5. Sultanato de Brunei.
6. República de Chipre.
7. Emiratos Arabes Reunidos.
8. Gibraltar.
9. Hong Kong.
10. Anguilla.
11. Antigua y Barbuda.
12. Las Bahamas.
13. Barbados.
14. Bermuda.
15. Islas Caimanes.
16. Islas Cook.
17. República Dominicana.
18. Granada.
19. Fidji.
20. Islas de Guerseny (Islas del canal).
21. Jamaica.
22. República de Malta.
23. Islas Malvinas.
24. Isla de Man.
25. Islas Marianas.
26. Mauricio.
27. Montserrat.

28. República de Naurú.
29. Islas Salomón.
30. San Vicente y Las Granadinas.
31. Santa Lucía.
32. República de Trinidad y Tobago.
33. Islas Turk y Caicos.
34. República de Vanuatu.
35. Islas Vírgenes Británicas.
36. Islas Vírgenes de EE.UU.
37. Reino Hachemita de Jordania.
38. República Libanesa.
39. República de Liberia.
40. Principado de Liechtenstein,
41. Gran Ducado de Luxemburgo, por lo que respecta a las rentas percibidas por las sociedades a que se refiere el párrafo primero del Protocolo anexo al Convenio, para evitar la doble imposición de 3 de junio de 1986.
42. Macao.
43. Principado de Mónaco.
44. Sultanato de Omán.
45. República de Panamá.
46. República de San Marino.
47. República de Seychelles.
48. República de Singapur.

Hay que resaltar el hecho de la no inclusión de Madeira.

De igual forma Francia en el artículo 238 a) del Código General de Impuestos niega la posibilidad de poder deducir los pagos realizados a personas residentes en una lista de países salvo si prueba que: Los gastos son reales, que corresponde su cuantía a la operación y no son exagerados, y por último, que son similares a los precios de mercado.

#### **IV. RETENCIONES EN LA FUENTE A LOS NO RESIDENTES**

Se trata de una forma de desalentar el uso de paraísos fiscales, restringiendo la exención de la retención a aquellos países con los que se tenga un convenio de doble imposición. Así solamente tendrán retención los intereses, dividendos, royalties y pagos de gestión que vayan destinados a países sin convenio o a paraísos fiscales. Es de destacar la nueva legislación comunitaria tendente a la desaparición de estas retenciones.

La Directiva 90/435 relativa al régimen fiscal común aplicable a sociedades matrices y sus filiales en diferentes Estados de la CEE y que entró en vigor el 1 de enero de 1992, incorporada por España mediante Ley 29/1991, de 16 de diciembre, resulta de aplicación para aquellas sociedades que posean como mínimo un 25% del capital de su filial situada en la CEE.

##### **1. Retención en los pagos en especie en Holanda.**

Particular atención ha dado la Administración holandesa al tratamiento fiscal de los pagos en especie y a sus retenciones. Recientemente ha sido tratado este tema por los órganos judiciales holandeses. La cuestión que se plantea es si un fondo holandés con cuenta en participación que realiza un pago en especie a sus partícipes considera o no dicho pago como un dividendo que debería tener su correspondiente retención del 25%.

La Corte Suprema holandesa estableció que el pago en especie no estaba sujeto a la retención de dividendos fundamentando esta decisión como a continuación se expone (5).

La Corte primero concretó el significado del artículo 44 párrafo 3 del «Income Tax Act» (ITA) por el que un reembolso del capital desembolsado está exento, pero no será así cuando el valor económico del capital del fondo excede del desembolsado. La intención de la Corte en este caso es prevenir el pago de dividendos en lugar de aquellos reembolsos del pago del capital desembolsado los cuales tienen un carácter de renta.

(5) MATTHEW BENDER. *Tax Letter Europe*, junio 92.

Si el valor económico de los fondos es menor que los fondos desembolsados en capital un reembolso del capital no puede tener carácter de renta ya que los fondos aparentemente no tienen carácter productivo ni de renta. Para determinar el valor económico de los fondos ocultos en reservas, debe tenerse en cuenta también el fondo de comercio y el valor de la compensación de pérdidas anteriores.

Aunque si el valor económico del fondo es más bajo que lo aportado en capital no puede descartarse la aplicación de la retención de dividendos si se anticipa un beneficio. La retención en los dividendos en el pago en especie podría ser aplicable si hay un anticipo de dividendos a corto plazo adecuado a los propósitos de cubrir la diferencia entre el valor económico de los fondos y lo aportado en capital incluidos los pagos en especie.

Subsecuentemente la Corte dispuso que el pago en especie debería ser calificado como un desembolso de capital. El hecho de que en unas publicaciones de la empresa en cuestión se utilizase el término «stock de dividendos» no fue suficiente para alterar esta conclusión. En segundo lugar la Corte estableció que el valor económico de la empresa no excedía del capital desembolsado por la misma. Y por último decidió también que no se consideraban como anticipo de beneficios futuros si el pago en especie no estaba sujeto a una retención de dividendos.

## V. DESPLAZAMIENTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Normalmente la carga de la prueba la tiene la Administración, pero en algunos países ésta se transfiere al contribuyente, que tiene que dar prueba detallada cuando reclama un beneficio de las disposiciones fiscales o desafia las aseveraciones de la autoridad fiscal. Este tipo de disposiciones están vigentes en diferentes países, entre ellos Australia, Holanda, Nueva Zelanda, EE.UU. y España, que en el artículo 1.214 de nuestro Código Civil dispone: «incumbe la prueba de las obligaciones al que declara su cumplimiento y su extinción al que la opone».

Sin embargo, cuando la carga de la prueba es impuesta por las autoridades, será devuelta al contribuyente en cierto tipo de operaciones con países de baja tributación. Estas disposiciones apuntan principalmente a desalentar operaciones disimuladas de transferencia de beneficios al extranjero o la acumulación de beneficios en paraísos fiscales. Estas medidas ya fueron tomadas en 1938 en Bélgica y reforzadas posteriormente en 1973 y en Francia en 1974. En ellas se disponía que intereses, royalties o la consideración de los servicios realizados por una persona residente o establecida en ellos a otra residente o establecida en un país con trato fiscal preferencial, no serían deducibles si el pagador no probaba que los gastos correspondían a la genuina transacción y no eran anormales o excesivos. En Francia esta disposición también

se aplica a pagos de cuentas de instituciones financieras establecidas en un país con un trato fiscal privilegiado, independientemente de la residencia del receptor del pago (art. 238 del CGI).

De esta forma, si no se ha podido demostrar que la operación se ha llevado a cabo, los gastos no se podrán justificar y serán totalmente sumados al beneficio a tributar. Cuando haya un exceso en los gastos también se deberán añadir.

En contraste con las medidas de la Subpart F americana estas medidas no suponen una barrera o impedimento a la deducción de impuesto por el contribuyente y no requieren documentación, salvo en casos excepcionales.

Estas medidas han demostrado ser muy efectivas para evitar técnicas de evasión fiscal a través del uso de paraísos, ya que la persona que hace los pagos debe demostrar la autenticidad de su transacción y mostrar que la cantidad no es excesiva o anormal. Es fácil suponer que solamente se trata una parte del problema, ya que en muchos casos la razón del uso de un paraíso fiscal es el evitar tributar por beneficios generados por la propiedad transmitida, en lugar de obtener una disminución de la base imponible por los servicios prestados por la entidad extranjera.

La barrera que las autoridades imponen al contribuyente se establece, sin embargo, para complicar la tarea considerablemente cuando la transacción que se realiza tiene como objetivo la evasión de impuestos. Las autoridades fiscales en Bélgica y Francia han encontrado que estas disposiciones tienen un gran éxito frenando o impidiendo la evasión fiscal a través de paraísos fiscales.

## **VI. SUBPART F DE LA LEY DE FINANZAS DE LOS EE.UU.**

Este es uno de los más significativos tipos de medidas de legislación directamente dirigidos a contrarrestar las ventajas del uso de subsidiarias en paraísos fiscales. Esta legislación fue iniciada en 1930 en EE.UU. con las medidas «Personal Holding Company Provisions» con posteriores modificaciones en 1934 y 1937. En 1962 fue aprobada la legislación Subpart F y posteriormente ampliada en 1975, 1982 y 1989. Esta disposición americana controla los impuestos de los accionistas de empresas que están poseídas en un porcentaje (50%) por americanos, y hace tributar por los beneficios, incluso no distribuidos, a los accionistas que tengan al menos un 10% de la cartera y se encuentren situados en un paraíso fiscal (6).

(6) OCDE, «International Tax Avoidance and Evasion». *Four Related Stories*, París, 1987.



La ley alemana «Aussersteurgesetz» de 1972 introduce reglas detalladas para la atribución de beneficios pasivos a los accionistas residentes de sociedades base derivados del uso de una sociedad intermedia.

Medidas similares han sido introducidas en Canadá como parte de la reforma fiscal de 1972 (Foreign Accrual Property Income FAPI). Estas disposiciones fueron publicadas en 1976.

Japón introduce en 1972, como parte de su Ley de Medidas de Impuestos Especiales, una lista de 27 paraísos fiscales en tres categorías. Francia, de igual forma, en su Ley CGI, artículo 209 b) de 1980; e Inglaterra en el « Financial Act» de 1984.

Las medidas tomadas por los seis países son básicamente las mismas, sin embargo reflejan la variedad de su ámbito fiscal y económico. Podemos significar tres factores a los que la legislación hace referencia:

#### 1. Participación poseída por residentes.

La sociedad en el paraíso fiscal debe ser poseída por un gran número de residentes del Estado donde es aplicable la legislación (EE.UU. 50%; Alemania 50%; Canadá entre 10% y 50%; Japón 50%; Francia 25%; Inglaterra 10%).

#### 2. Naturaleza de los beneficios.

Según las medidas de EE.UU., Alemania y Canadá, solamente se especifican algunas actividades que se atribuyen a los accionistas residentes (Shopping Approach). Por otro lado, Japón, Francia y Reino Unido consideran todos los beneficios obtenidos por ciertas subsidiarias en paraísos fiscales si no satisfacen ciertos criterios de exención (Exemption Approach). El resultado es que la naturaleza de las operaciones va a ser la que defina la exención o no de los beneficios. Los beneficios obtenidos bajo el «Shopping Approach» son normalmente beneficios de pasivo, que reúnen dividendos, intereses, royalties e incrementos de capital, beneficios de la Administración y funciones de dirección, así como también de comisiones. También son incluidas algunas operaciones que no son de pasivo:

- Administración de bienes, ya que tampoco está directamente relacionado con la obtención o producción.
- «Financial Pivots», se incluye el beneficio, aunque existe diferencia cuando toman forma de bancos o sociedades aseguradoras.

- Sociedades base de operaciones: Se incluyen aunque tengan un carácter auxiliar, y sólo realicen labores administrativas, funciones de dirección o cobro de comisiones.

### 3. Baja tributación.

Mientras que la baja tributación es característica de los paraísos fiscales, el probarlo es difícil a la hora de aplicar las medidas del Subpart F. Los países han ido solucionando este problema para su aplicación de diferentes maneras:

- EE.UU: No repara en el tipo de tarifa del país de incorporación (algunas excepciones).
- Alemania: Cuando el impuesto del país del establecimiento es un 30% inferior al tipo medio de beneficio.
- Canadá: No repara en el nivel de impuesto del país del establecimiento.
- Japón: Lista de paraísos fiscales.
- Francia: La definición general es  $\frac{2}{3}$  del índice de impuestos franceses.
- Inglaterra: Si los impuestos a pagar en el territorio extranjero son menos de la mitad a los correspondientes en Inglaterra. Además posee una lista de paraísos fiscales que no es muy exhaustiva.

## VII. IMPUESTO SOBRE SUCURSALES

### 1. Legislación en EE.UU.

En el Act de 1986 (7) se añadió un nuevo impuesto del 30% sobre los beneficios recibidos por una sociedad extranjera de una sucursal americana. Esta norma está diseñada para prevenir que sociedades extranjeras eviten el pago de impuestos sobre dividendos operando mediante una sucursal y no un establecimiento permanente de la sociedad. Son gravadas por lo tanto por el «Importe Equivalente de los Dividendos».

---

(7) Sección 884 (a).

El «Importe Equivalente de los Dividendos» se define como el efectivamente relacionado a los beneficios e incrementos de la sucursal o establecimiento permanente en los EE.UU. La determinación de los beneficios y de los incrementos se realiza sin tener en cuenta las distribuciones de dividendos realizadas durante el año. La cantidad obtenida es entonces reducida en la medida en la que los beneficios sean reinvertidos en activos americanos y los excesos de caja y ajustes de bases del activo de la sucursal sobre las responsabilidades en las que haya incurrido al final del año con respecto a años anteriores. La nueva medida se aplica a todos los beneficios si no es modificada por los tratados entre el país de residencia de la sucursal y los EE.UU., el caso del Convenio de doble imposición firmado por España el 22 de febrero de 1990, BOE núm. 306 de 22 de diciembre en el que se dispone en su artículo 14.1.a) que el tipo del impuesto a aplicar será del 10%.

El código contiene una medida que permite a los EE.UU. neutralizar la acción de un convenio cuando no se es genuinamente residente del país del tratado, además para gravar a la sucursal fue establecido en 1986 un tipo especial de interés para sucursales. Según esta medida una sucursal de EE.UU. tributará por los intereses que en realidad distribuye la sucursal. La ley reclasifica los intereses deducidos por la sucursal como beneficios de fuente americana y hace tributar el exceso al 30% haciendo desaparecer por tanto la subcapitalización. Los intereses se tratan como pagados en el último día del año y se deben pagar dentro del período de presentación de la declaración de sociedades. La extensión de las medidas para realizar la declaración de sociedades no se aplica al pago del impuesto. También se permite modificación de esta ley por tratados. Cuando existan limitaciones para gravar los intereses por parte de los EE.UU. no podrá hacer caso omiso de la norma excepto en los casos que se estén encubriendo operaciones de «Treaty Shopping» o de evasión fiscal.

## 2. Legislación en España.

La Ley 18/1991, de 6 de junio, ha modificado la tributación de los establecimientos permanentes o sucursales como alternativa de la filial. Según el artículo 19.2 «Cuando las rentas se transfieran al extranjero, se aplicará, adicionalmente, el tipo previsto en la letra a) del apartado uno anterior a la cuantía transferida», este tipo que cita es el general del 25% que se aplicará a las sucursales que en un principio y en virtud del artículo 19.1 van a ser gravadas en un primer nivel al 35% de su renta mundial y en un segundo nivel por la transferencia al extranjero de esa renta.

El sistema fiscal español intenta penalizar de este modo la repatriación de renta al extranjero de las sucursales. Esta innovación está motivada por la ratificación del Convenio de doble imposición con EE.UU. de 22 de febrero de 1990 en el que el artículo 14.2 dispone que cuando una sociedad residente de los EE.UU. realice actividades en España mediante un establecimiento permanente u obtenga rentas sometidas a imposición en España ya sean de

bienes inmuebles o incrementos de patrimonio, España podrá aplicar además de la imposición exigible conforme a las disposiciones del convenio y con arreglo a su legislación interna, un impuesto sobre los beneficios imputables al establecimiento permanente o a las rentas citadas, siempre netos del Impuesto de Sociedades relativo a dichos beneficios o rentas. Este impuesto adicional no podrá exigirse a un tipo superior al 5% en caso de intereses pagados con cargo a Bancos residentes en EE.UU. ni superior al 10% en los restantes casos.

Por lo tanto vemos que en este caso los convenios de doble imposición entre países son prioritarios en su exacción y el coeficiente que se aplicará será del 10% de forma general y el 5% para Bancos residentes en EE.UU. en lugar del 25% que dispone la Ley 18/1991.

Como consecuencia de la tributación de sucursales a ese segundo nivel ha quedado anulada la ventaja de las sucursales sobre las filiales en el tratamiento de una inversión extranjera según el modelo clásico, con la salvedad de la existencia de un convenio, en cuyo caso se aplicará lo que en él se disponga.

## VIII. ACUERDOS FIDUCIARIOS

Los acuerdos fiduciarios transfieren la propiedad de algunos bienes de una persona a otra (fiduciario), quien los va a mantener a su nombre mientras dure el contrato de fiducia. En lo que concierne a la ley lo que hay que resaltar es el derecho de propiedad del beneficiario con el resultado de que el disfrute y el impuesto sobre los beneficios será atribuido al propietario de los beneficios, excluyendo por ello al fiduciario. Este último sólo será gravado por la comisión fiduciaria que carga a su cliente. El fiduciario estará obligado a llevar libros separados con los bienes en fiducia y después deberá cargar una comisión que será una cantidad adecuada por la que será gravado. Esta cantidad será fijada por las Administraciones de cada país. Pongamos como ejemplo a Suiza: Un beneficio neto aceptable sería el 1 ó 2 por mil del valor de los bienes de acuerdo con una escala, 0,2% para la porción que llegue a diez millones SFR, una porción al 0,15% entre diez y veinte y el 0,1% del excedente a veinte. El fiduciario no estará autorizado para recuperar el 35% de la retención tributada de los beneficios obtenidos de los bienes del capital suizo (intereses de los depósitos bancarios y dividendos), y no estará autorizado para aprovecharse de las ventajas de los tratados suizos para recuperar las retenciones de los impuestos extranjeros. Sin embargo, el beneficiario puede todavía reclamar el reembolso de la retención sobre el impuesto suizo y disfrutar de las ventajas de los tratados.

Cuando se trata de un trust y el trustee es suizo y el grantor y el beneficiario son extranjeros, no residentes en Suiza, la Administración toma la misma decisión que en los acuerdos fiduciarios. Esto significa que el establecimiento del trust no es objeto de gravamen.

El capital y el beneficio del trust no será gravado en Suiza, ni sujeto a retenciones sobre dividendos e intereses. El trustee deberá notificar a la Administración las tarifas por su administración del trust, y no estará autorizado para desembolsar la retención del impuesto suizo, ni aprovecharse de los tratados suscritos. Si el beneficiario o el grantor fueran residentes en Suiza, podría gravarse la operación en el momento del establecimiento del trust o una vez que esté en manos del beneficiario con el impuesto del capital y beneficio de los fondos del trust. Cuando el grantor es el principal beneficiario o conserva el derecho a revocar el trust y que los bienes vuelvan a él, las autoridades consideran que no hay transferencia de los bienes al trustee y que continuarán gravando al grantor por el capital y los beneficios del trust. La transferencia de los bienes no devengará el Impuesto de Donaciones y Sucesiones, estos impuestos se devengarán en el momento de la muerte del grantor. El beneficio y el capital del trust deberá ser imputado al beneficiario, y sus impuestos dependerán de su participación en ellos. Los beneficios sólo se gravarán en el momento de su distribución.

## **IX. OTRAS MEDIDAS FISCALES**

### **1. Emigración.**

La ley alemana ha introducido un nuevo concepto de responsabilidad fiscal extendida a los no residentes en el Impuesto sobre la Renta, de Patrimonio y de Sucesiones. Este concepto (secciones 2 a 5 de Foreign Tax Law) se aplica a ciudadanos alemanes o antiguos ciudadanos alemanes que trasladen su residencia desde Alemania a un país de baja tributación y que durante cinco de los últimos diez años fueran ciudadanos o estuvieran sujetos a la legislación alemana como residentes. De esta forma una persona que tenga un interés económico importante en Alemania después de trasladar su residencia a un país de baja tributación, cuyo nivel de impuestos sea dos tercios del impuesto alemán, estará entonces sujeto durante los diez años siguientes sobre todos los beneficios que pudiera obtener. De esta forma la responsabilidad sobre dicho impuesto es inferior para los residentes y más amplia para los no residentes. El efecto más importante de esta medida es que se aplica la escala progresiva del Impuesto de la Renta en lugar de la retención del 25%.

Aunque no directamente dirigida a la emigración a países de baja presión fiscal, algunas medidas especiales se aplican también en Canadá, Suecia, Dinamarca y EE.UU. a los contribuyentes que abandonen su país hacia una base permanente. Estos permanecerán sujetos a tributación en su país durante un período después de su marcha. También en el Reino Unido existe una medida especial que se aplica a sociedades que cesen en su residencia.

## 2. Sociedades «RENT-A-STAR».

Las Administraciones crean medidas especiales dirigidas a disuadir a artistas o deportistas de crear sociedades en países de baja tributación, desde los que ofrecen sus servicios con el consiguiente ahorro fiscal.

España en el Reglamento sobre la Renta (8) dispone en el artículo 70, uno, e) que se considerarán rentas obtenidas o producidas en territorio español:

«e) Los rendimientos obtenidos en relación con la actuación de artistas y deportistas en territorio español, aun cuando se atribuyan a persona distinta del artista o deportista.»

El legislador, que ha tenido muy en cuenta esto, ha dispuesto que los artistas y deportistas que por tener un status especial dentro de los profesionales disfrutaban de un mayor número de oportunidades para eludir la norma fiscal tributarán por los rendimientos obtenidos en territorio español aun cuando se atribuyan a persona distinta del artista o deportista.

En Francia y al amparo del artículo 155, a) del CGI las personas físicas sean o no residentes deberán tributar siempre que los servicios que presten sean satisfechos en Francia y sean atribuidos a una persona física o jurídica establecida en un país que da un tratamiento fiscal preferente. Con esta medida se logra eliminar la barrera interpuesta si una persona física o jurídica se establece en un paraíso fiscal.

## 3. Transferencia de activos al extranjero.

Irlanda y los EE.UU. tienen algunas medidas relevantes que, aunque no expresamente relacionadas con paraísos fiscales, en términos generales están diseñadas para evitar la evasión de impuestos a través de personas físicas o jurídicas que transfieren y disponen de activo en el extranjero por lo que en verdad es un beneficio por el que debieran tributar las personas residentes o domiciliadas fuera de Irlanda o de EE.UU.

Normalmente el resultado de esta operación sería el de una renta o incremento de patrimonio transmitido a una sociedad o a un trust en un paraíso fiscal, o directamente el beneficio de una persona física que transfiera el activo o el beneficio de otra persona que

---

(8) Real Decreto 1841/1991, de 30 de diciembre

ordinariamente resida en esos países. Si estos beneficios los obtiene alguna persona distinta del transferente, la tributación está limitada a los bienes que la persona recibe; si es por el transferente, todo el beneficio que aparezca fuera del país está sujeto a tributación. Pero antes de que estas reglas se puedan aplicar las autoridades fiscales tienen que establecer el motivo de la evasión del impuesto.

Bélgica también tiene medidas en su ley para impedir la transferencia ficticia de activos aunque no estén exclusivamente dirigidos a los paraísos fiscales. Se consideran falsas las ventas o contribuciones en acciones, bonos, deudas o patentes a una sociedad holding extranjera a una persona o una empresa sujeta a un tratamiento fiscal favorablemente anormal en lo concerniente al beneficio derivado de la transmisión de estos activos o derechos. De acuerdo a estas medidas el contribuyente no puede utilizar el argumento de que ya no es propietario de las acciones transferidas, bonos o patentes. El contribuyente estaría sujeto al Impuesto sobre la Renta de los bienes transferidos, como si la transferencia no hubiera tenido lugar si no prueba que:

1. La transferencia ha sido realizada por un razón meramente financiera o económica.
2. El contribuyente ha recibido una consideración normal como parte contratante en la transferencia y el beneficio obtenido de la misma ha tributado efectivamente a un tipo normal comparado con el existente en caso de que la transferencia no hubiese tenido lugar.

Los EE.UU. tienen dos medidas que permiten a la autoridad fiscal considerar los motivos de las personas para transferir activos al extranjero. En un gran número de casos el IRC excluye de tributación los incrementos de patrimonio en transferencias de propiedades entre sociedades y también excluye su control bajo algunas circunstancias específicas. Por ejemplo la propiedad distribuida de una sociedad a otra después de haber sido liquidada (sección 332). Ampliamente hablando, la sección 367 del código considera las exclusiones inefectivas exigiendo que la sociedad extranjera receptora no sea una sociedad constituida a estos propósitos si no se establece que la transferencia no fue hecha de acuerdo a un plan prestablecido con el propósito de la evasión del Impuesto sobre la Renta.

La segunda medida es la sección 1491 que impone un impuesto especial a un porcentaje del 35% sobre el valor ajustado de la propiedad (menos cualquier incremento que haya tributado como renta) transferido por un ciudadano estadounidense o residente, sociedad residente, un trust o una herencia (que no sea extranjera) a una sociedad extranjera como pago del superávit o como una aportación de capital, siempre que se demuestre que la transferencia no ha sido realizada con propósitos de evasión fiscal. Entre otras excepciones esta última medida no se aplica a transacciones sujetas a la sección 367.

#### 4. Fondos de inversión «offshore».

Las instituciones financieras frecuentemente establecen fondos mutuales, trust y vehículos de inversión similares en paraísos fiscales. La inversión, en lo que a ella concierne, no tributa en el paraíso. Si el beneficio fuera totalmente distribuido a los inversores, tributarían cada año por ello en los países de residencia. Sin embargo si el beneficio se acumulara se incrementaría el valor de la participación del inversor y así cuando el inversor dispusiera de su participación tendría un incremento de capital que reflejaría el beneficio acumulado. En muchos países se tributará menos por un incremento de patrimonio que por otra clase de renta (capital mobiliario), si como tal fuera considerada.

En ausencia de medidas antielusión estos vehículos de los paraísos fiscales pueden ser utilizados para convertir beneficios en incrementos con el consiguiente ahorro fiscal. La popularidad de estos vehículos de inversión ha producido una reacción en muchos países que han legislado para evitarlo. Entre ellos se incluyen Holanda, EE.UU., Alemania, Canadá y Reino Unido. Estas medidas antielusión revelan dos formas de acercarse al problema:

- En Canadá, Holanda y Alemania los inversores tributarán calculando el beneficio relativo al año en cuestión.
- En EE.UU. y el Reino Unido el incremento de patrimonio tributará como renta en el momento de la desinversión.

#### 5. Medidas de control de cambios.

El control del uso de paraísos fiscales puede ser también llevado a cabo gracias a la cooperación con autoridades que no sean propiamente las fiscales. Desde 1974 Australia ha tratado con los paraísos fiscales el problema por medio de un apantallamiento de los impuestos basado en los mecanismos de control de cambios. De acuerdo a lo dispuesto en el Banking Act del Reserved Bank the Australia, que es el responsable del control de cambios, no se requerirá este control para los acuerdos, contratos o tratados de naturaleza económica (también ciertos pagos en metálico con Vanuatu) en las condiciones que se establecen. Según estos acuerdos realizados entre Australia y residentes de una lista de 18 países contenida en el Banking Act, no deberán satisfacer el pago del impuesto cuando obtengan un certificado que proporciona el Commissioner of Taxation.

Estas medidas son un instrumento fiscal para prevenir la evasión de impuestos. Si no hay elusión fiscal en una transacción en particular el certificado por el que no estará obligado a pagar impuestos se concede normalmente al presentar la solicitud. De esta forma las operaciones reales no se retienen en este proceso. El Gobierno de Australia decidió en 1983 anular la mayor parte de las restricciones en materia de control de cambios y con motivo de esta decisión, el Reserved Bank ya no estará obligado a facilitar los permisos antes referidos. En su lugar las transacciones internacionales han de ser autorizadas para que se realicen en divisas y estarán sujetas a unas ciertas condiciones. Estas condiciones forman la base del nuevo texto corregido.