

LA DIRECTIVA ANTIABUSO (II). LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Eduardo Sanz Gadea

Licenciado en Derecho y en Ciencias Económicas

EXTRACTO

La presente colaboración está dedicada, principalmente, a describir las normas sobre transparencia fiscal internacional, contenidas en los artículos 7 y 8 de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio. La armonización de una materia tan delicada supone un éxito político para la Comisión. Pero este éxito es más aparente que real, debido a la forma laxa en cómo se han tipificado las rentas afectadas. También se efectúa un inventario de las modificaciones normativas que deberán acometerse para su transposición al impuesto sobre sociedades y al impuesto sobre la renta de las personas físicas. Finalmente, se hace una breve reflexión respecto de la tributación de los socios y partícipes de las instituciones de inversión colectiva que, se opina, debiera ser puesta en paralelo con los criterios concernientes a la transparencia fiscal internacional.

Palabras clave: Directiva 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio, contra las prácticas de elusión fiscal; impuesto sobre sociedades; fiscalidad internacional y antielusión.

THE ANTI-AVOIDANCE DIRECTIVE (II). CONTROLLED FOREIGN COMPANY RULES

Eduardo Sanz Gadea

ABSTRACT

The present paper is mainly aimed at describing controlled foreign company rules contained in articles 7 and 8 of the Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016. Harmonization in such a sensitive issue is a great political success for the Council. But this success is more apparent than real, as affected revenues have been loosely defined. In addition, there is an analysis of an array of requested amendments that should be done in order to transpose them into corporate and personal income tax laws. Lastly, a final consideration is done with respect of collective investment institutions shareholders which, according to the author, should be aligned with controlled foreign company rules.

Keywords: Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 anti-avoidance; corporate income tax and international taxation.

Sumario

1. **Ámbito de aplicación subjetivo**
 - 1.1. Criterios generales de sujeción
 - 1.2. Incidencia en el impuesto sobre sociedades y en el IRNR
2. **La protección mínima**
3. **La transparencia fiscal internacional**
 - 3.1. La naturaleza de la entidad no residente o sociedad extranjera
 - 3.2. Contribuyentes
 - 3.3. El control sobre la entidad no residente
 - 3.4. El régimen fiscal al que se sujeta la entidad no residente
 - 3.5. La tipología de las rentas afectadas
 - 3.5.1. Categoría o clase de rentas
 - 3.5.1.1. Las rentas del capital
 - 3.5.1.2. Las rentas empresariales
 - 3.5.1.3. Las rentas mixtas
 - 3.5.1.4. Las rentas por operaciones vinculadas
 - 3.5.2. Sustancia de la entidad no residente
 - 3.6. Las denominadas cláusulas de escape
 - 3.6.1. Cláusula de distribución de la renta
 - 3.6.2. Cláusula de actividad
 - 3.6.3. Cláusula de mínimos
 - 3.6.4. Otras cláusulas de escape
 - 3.6.5. Las listas de países
 - 3.7. Liquidación de la transparencia fiscal internacional
 - 3.7.1. Determinación de la renta a imputar
 - 3.7.2. Contribuyentes imputables
 - 3.7.3. Periodo impositivo de la imputación
 - 3.7.4. Distribución de dividendos por la entidad no residente
 - 3.7.5. Transmisión de la participación sobre la entidad no residente
 - 3.7.6. Créditos de impuestos pagados, respecto de la renta imputada, por la entidad o establecimiento permanente

- 3.8. Relación con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición
- 3.9. Relación con el ordenamiento comunitario
- 3.10. Modificaciones de la transparencia fiscal internacional que deberá acometer el legislador español
 - 3.10.1. Rentas afectadas
 - 3.10.2. Las cláusulas de escape
 - 3.10.3. La inversión colectiva
- 4. Conclusiones

NOTA: El autor agradece las certeras observaciones de Silvia López Ribas. Los errores y deficiencias del texto son de la exclusiva responsabilidad del autor.

Uno de los principios más fundamentales en la tributación de la renta en América es que debería haber igualdad en el tratamiento de los contribuyentes que están en similar situación [...] lo que significa que la renta de cualquier establecimiento o filial de una sociedad americana operando en el exterior debería estar, en la medida de lo posible sujeta a los mismos tipos de gravamen que la renta de cualquier establecimiento o filial operando en el interior... neutralidad es un principio fundamental de tributación en los Estados Unidos

Douglas DILLON (Secretario del Tesoro de la Administración Kennedy)

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

1.1. CRITERIOS GENERALES DE SUJECCIÓN

Las tres directivas en materia de imposición directa que han precedido en el tiempo a la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016 (directiva antiabuso), han definido su ámbito de aplicación mediante la combinación de la sujeción a un determinado impuesto del respectivo Estado miembro, la forma jurídica y el lugar del domicilio fiscal¹.

La directiva antiabuso no ha seguido esta técnica. Así, lo previsto en la misma *se aplicará a todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades en uno o varios Estados miembros* (art. 1), sin que en la propia directiva se halle una lista que contenga la identificación del impuesto sobre sociedades en todos y cada uno de los Estados miembros.

Por tanto, a diferencia de lo regulado en las directivas precedentes, las entidades exentas también entran en su ámbito de aplicación, y lo propio acontece con las entidades que, estando sujetas al impuesto sobre sociedades de un determinado Estado miembro, a los efectos de aplicar un determinado convenio bilateral para eliminar la doble imposición, se considera que tienen su residencia o domicilio fiscal fuera de la Unión Europea y, en fin, con las entidades que, a los efectos de la aplicación de un determinado convenio bilateral para evitar la doble impo-

¹ Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro. Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

Uno de los principios más fundamentales en la tributación de la renta en América es que debería haber igualdad en el tratamiento de los contribuyentes que están en similar situación [...] lo que significa que la renta de cualquier establecimiento o filial de una sociedad americana operando en el exterior debería estar, en la medida de lo posible sujeta a los mismos tipos de gravamen que la renta de cualquier establecimiento o filial operando en el interior... neutralidad es un principio fundamental de tributación en los Estados Unidos

Douglas DILLON (Secretario del Tesoro de la Administración Kennedy)

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

1.1. CRITERIOS GENERALES DE SUJECCIÓN

Las tres directivas en materia de imposición directa que han precedido en el tiempo a la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016 (directiva antiabuso), han definido su ámbito de aplicación mediante la combinación de la sujeción a un determinado impuesto del respectivo Estado miembro, la forma jurídica y el lugar del domicilio fiscal¹.

La directiva antiabuso no ha seguido esta técnica. Así, lo previsto en la misma *se aplicará a todos los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades en uno o varios Estados miembros* (art. 1), sin que en la propia directiva se halle una lista que contenga la identificación del impuesto sobre sociedades en todos y cada uno de los Estados miembros.

Por tanto, a diferencia de lo regulado en las directivas precedentes, las entidades exentas también entran en su ámbito de aplicación, y lo propio acontece con las entidades que, estando sujetas al impuesto sobre sociedades de un determinado Estado miembro, a los efectos de aplicar un determinado convenio bilateral para eliminar la doble imposición, se considera que tienen su residencia o domicilio fiscal fuera de la Unión Europea y, en fin, con las entidades que, a los efectos de la aplicación de un determinado convenio bilateral para evitar la doble impo-

¹ Directiva 2009/133/CE del Consejo, de 19 de octubre de 2009, relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, escisiones parciales, aportaciones de activos y canjes de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros y al traslado del domicilio social de una SE o una SCE de un Estado miembro a otro. Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes. Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

sición, se considera que no son residentes en el Estado miembro concernido, por estar sujetas en el mismo al impuesto sobre sociedades *exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado*.

Por el contrario, la directiva antiabuso no es aplicable a las entidades sujetas a un régimen de transparencia fiscal interno, no ya porque sea dudosa la sujeción de las mismas al impuesto sobre sociedades, sino porque en las consideraciones preliminares de aquella se advierte que *no es deseable ampliar el ámbito de aplicación de la presente directiva a tipos de entidades no sujetos al impuesto sobre sociedades en un Estado miembro; esto es, en particular a las sociedades transparentes*.

Sin embargo, el objeto y finalidad de la directiva antiabuso aconsejaba extender su ámbito de aplicación a la totalidad de las entidades jurídicas, incluso si tributasen en régimen de transparencia fiscal interno, sin perjuicio de que el efecto de sus mandatos se proyectase sobre los socios, de acuerdo con la técnica de la transparencia fiscal interna. Es más, aconsejaba incluso un ámbito más amplio, al menos en relación con ciertas medidas, como la transparencia fiscal internacional.

Las normas de la directiva antiabuso también se aplicarán a las entidades residentes en Estados terceros, por razón de los establecimientos permanentes que pudieran tener en algún Estado miembro.

La directiva antiabuso no contiene una definición de establecimiento permanente, por lo que habrá de estarse a lo previsto en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición que resulte aplicable y, en su defecto, a la legislación interna. En este punto debe recordarse la recomendación a los Estados miembros de que adapten su legislación sobre los establecimientos permanentes a los criterios de la OCDE, tal y como están explicitados en el informe final de la Acción 7 del proyecto BEPS².

1.2. INCIDENCIA EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES Y EN EL IRNR

En consecuencia, la directiva antiabuso será aplicable a todos los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, regulado por la Ley 27/2014, a excepción de:

- Las entidades que tributen en el régimen especial de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, en cuanto proceda la aplicación del régimen de transparencia fiscal (arts. 43 y 44 Ley 27/2014).

² Recomendación de la Comisión a los Estados miembros, sobre la implementación de medidas antiabuso en los convenios para eliminar la doble imposición (COM (2016) 27 final).

- Las uniones temporales de empresas, en cuanto proceda la aplicación del régimen de transparencia fiscal (art. 45 Ley 27/2014).
- Las entidades en régimen de atribución de rentas (art. 6 Ley 27/2014).

No obstante, el legislador español podrá decidir transponer la directiva antiabuso también respecto de estas entidades, por cuanto la misma establece, como seguidamente se comenta, un *nivel mínimo de protección* (art. 3), de manera tal que los Estados miembros podrán establecer normas más ambiciosas en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo.

La directiva antiabuso también será aplicable a los establecimientos permanentes, sujetos al impuesto sobre la renta de los no residentes (IRNR), lo que está en línea con la formación de la base imponible de los mismos de acuerdo con las normas del impuesto sobre sociedades (art. 18 TRLIRNR).

2. LA PROTECCIÓN MÍNIMA

Los Estados miembros de la Unión Europea han contemplado, y todavía contemplan, la imposición sobre los beneficios de manera diferente.

En efecto, un ramillete de ellos ha visto en este tributo un instrumento para atraer el establecimiento de entidades jurídicas de grupos multinacionales. La investigación de la Comisión relativa a las ayudas de Estado que pivotan sobre acuerdos previos en materia de precios de transferencia es suficientemente reveladora³. Estos países han debido contemplar la directiva antiabuso con reticencias pues, en alguna medida, cercena su libertad de configuración del impuesto sobre sociedades con la finalidad instrumental aludida. Por esta razón, para alcanzar la preceptiva unanimidad, se puede intuir que haya sido necesario rebajar el perfil de las normas contenidas en la directiva antiabuso, lo que se percibe, particularmente, en la transparencia fiscal internacional.

Ahora bien, ello no obligará a los Estados miembros especialmente sensibilizados por la evasión fiscal a morigerar la intensidad de las normas que tengan establecidas o que pretendan establecer en relación con las materias abordadas por la directiva antiabuso, por cuanto la misma *no será óbice para la aplicación de disposiciones nacionales o consensuadas dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades* (art. 3).

Subyace bajo este precepto la dualidad de posiciones de los Estados miembros frente a la imposición sobre los beneficios, y es expresión del compromiso alcanzado.

³ *Commission Notice on the notion of State Aid as referred to in Article 107. DG Competition –Internal Working Paper– Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016.*

Ese mismo sentido, aunque en tono menor, cabe atribuir a la regla de entrada en vigor de la norma concerniente a la limitación de intereses, la cual puede ser demorada hasta 1 de enero de 2024 por *aquellos Estados miembros que tengan normas nacionales específicas para impedir los riesgos en materia de BEPS en la fecha de 8 de agosto de 2016, que sean igualmente eficaces a efectos de la norma de limitación de intereses.*

La directiva antiabuso no es, pues, portadora de una armonización plena de las materias reguladas por la misma, sino de una de carácter mínimo⁴.

3. LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

La transparencia fiscal internacional puede ser descrita como una técnica tributaria que consiste en imputar a los socios de una entidad, residente en una jurisdicción distinta, las rentas no distribuidas obtenidas por la misma.

Las primeras normas sobre transparencia fiscal internacional aparecieron en Australia a fines de la década de los treinta del pasado siglo, pero su auge se debe a la administración Kennedy⁵. En España se establecieron mediante la Ley 42/1994, pasando posteriormente a la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, y a su texto refundido. La Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, ha recogido y ampliado la regulación inicial.

La esencia de la transparencia fiscal internacional es la imputación de un beneficio no distribuido.

La imputación puede referirse a la totalidad de la renta o a ciertas categorías de renta y, generalmente, solo se produce cuando la entidad no residente participada está controlada por

⁴ LÓPEZ RIBAS, S.: «Directiva contra las prácticas de elusión fiscal», *Carta Tributaria*, núms. 17-18, 2016.

⁵ En la presentación ante el Congreso de las normas sobre transparencia fiscal internacional propuestas por la Administración Kennedy, el secretario del Tesoro pronunció las siguientes palabras:

«[...] El propósito de la neutralidad es promover la equidad y la más eficiente colocación de los recursos existentes. Idealmente los tipos de tributación sobre las empresas deberían ser en todas partes los mismos, si asumimos servicios públicos equivalentes. Nosotros no podemos controlar los tipos de los impuestos extranjeros y el hecho de que los mismos puedan contribuir a injusticias. Pero nosotros podemos evitar que la estructura fiscal americana contribuya a la canalización de recursos hacia zonas de baja presión fiscal, gravando la renta de nuestras filiales en el extranjero a los mismos tipos que son aplicables a la renta ganada en casa [...] con el actual privilegio de diferimiento una empresa americana contemplando una nueva inversión y encontrado costes y condiciones de mercado comparables en casa y fuera es empujada hacia la inversión exterior [...] yo pienso que razones de equidad fiscal así como razones de política económica claramente dictan que en caso de inversiones en otros países industrializados debería darse prioridad a la neutralidad fiscal en la elección entre inversión interior y exterior [...]» (Informe del Tesoro).

los llamados a soportar la imputación o por ellos y personas vinculadas con ellos, y sujeta a una imposición débil.

La transparencia fiscal internacional es susceptible de diversas configuraciones, según cuál sea la finalidad que el legislador pretenda conseguir mediante ella.

Si pretende igualar la tributación de las inversiones internas y extranjeras realizadas a través de entidades filiales, recaerá sobre la totalidad de la renta. Si pretende evitar que los activos móviles se sitúen en jurisdicciones fiscales de conveniencia, recaerá exclusivamente sobre las rentas del capital o pasivas, esto es, no derivadas de la realización de actividades empresariales. En fin, si pretende frustrar las operaciones de desviación de rentas hacia entidades fiscalmente privilegiadas, recaerá sobre las rentas derivadas de operaciones que, considerando la estructura de medios humanos y materiales de la entidad no residente, han sido asignadas a la misma artificialmente.

En el contexto del proyecto BEPS, la transparencia fiscal internacional juega el papel de sujetar a tributación las rentas de activos ubicados por los grupos multinacionales en sede de entidades controladas que disfrutaban de un régimen fiscal privilegiado, o las rentas desviadas hacia este tipo de entidades que hayan logrado burlar las normas antiabuso cuyo papel es cegar los cauces por donde transitan dichas rentas desviadas.

Llevada hasta el límite, la transparencia fiscal internacional confluiría con la tributación de la entidad dominante sobre una base consolidada. Sin embargo, la transparencia fiscal internacional establecida en los distintos países se suele detener en el umbral de las rentas derivadas de actividades económicas.

En fin, el hecho de que la transparencia fiscal internacional haya recalado en el informe final de la Acción 3 del proyecto BEPS, y en la directiva antiabuso, no debería suscitar la idea de que toda constitución de una entidad residente en el extranjero y sujeta a una fiscalidad benévola implica una acción abusiva⁶.

En todas las configuraciones cabe distinguir cinco vectores fundamentales:

- La naturaleza de la entidad no residente.
- Los contribuyentes.
- El control sobre la entidad no residente.
- El régimen fiscal al que se sujeta la entidad no residente.
- La tipología de las rentas afectadas.

⁶ NOCETE CORREA, F. J.: «¿Es posible una planificación fiscal lícita y socialmente responsable en la UE?», *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2016.

3.1. LA NATURALEZA DE LA ENTIDAD NO RESIDENTE O SOCIEDAD EXTRANJERA

El artículo 7.1 establece que *el Estado miembro de un contribuyente considerará una entidad o un establecimiento permanente cuyos beneficios no estén sometidos a imposición o estén exentos de imposición en dicho Estado, como sociedad extranjera*, cuando se cumpla un conjunto de condiciones relativas al control y a la naturaleza de las rentas obtenidas.

En ese texto cabe toda clase de entidades, tengan o no personalidad jurídica de acuerdo con las leyes del Estado en el que residan, sin perjuicio de que sobre algunas de ellas no será posible que concurra la nota de control, a causa de su naturaleza jurídica o del régimen legal al que están sometidas. Ese será el caso, entre otros, de las instituciones de inversión colectiva de carácter abierto, las cuales podrán ser subsumidas bajo el término «entidad», pero escaparán a la nota de control.

El denominado *trust* también puede ser considerado como entidad, cualquiera que sea el régimen jurídico al que se someta en el país o territorio bajo cuyas leyes se haya constituido. Y lo propio cabe decir de un conjunto de figuras jurídicas similares, tales como ciertas comunidades de bienes, las herencias yacentes y las unidades económicas susceptibles de imposición.

No obstante, todo este elenco de entidades, a tenor de la legislación de los diferentes Estados miembros, podría estar sujeto a un régimen fiscal distinto, aunque similar al de la transparencia fiscal internacional, consistente en llamar a tributar a los beneficiarios últimos sobre las rentas generadas en sede de las mismas. Este régimen fiscal, en cuanto fuere más exigente que la transparencia fiscal internacional, sería de aplicación preferente, habida cuenta de la norma del *nivel mínimo de protección*, antes comentada. Por el contrario, si el Estado miembro del beneficiario no prevé un régimen fiscal como el aludido, que en España sería el de atribución, operaría la transparencia fiscal internacional, si bien solo respecto de los contribuyentes del impuesto sobre sociedades (art. 1).

El lugar de la residencia de la entidad no residente, o *sociedad extranjera* según la terminología de la directiva, es indiferente. Puede ser un Estado miembro o un Estado tercero, pero la misma no ha de estar sujeta a tributación, respecto de sus beneficios, en el Estado miembro donde reside el contribuyente, esto es, la entidad o el establecimiento permanentes llamados a soportar la imputación en calidad de contribuyentes. Nótese que la tributación aludida es la que recae sobre los *beneficios*. Por tanto, la entidad no residente no perderá tal condición por el hecho de obtener rentas sujetas a tributación en el Estado miembro del contribuyente, con tal de que esas rentas no tengan la naturaleza de beneficios.

Los establecimientos permanentes también pueden ser considerados como entidades no residentes a efectos de la transparencia fiscal internacional, habida cuenta del tenor literal del artículo 7.1, pero solamente si las rentas obtenidas a través de los mismos están exentas en el Estado miembro de la casa central. En consecuencia, cuando de acuerdo con la legislación del Estado miembro de la casa central las rentas obtenidas a través de establecimiento permanente disfru-

ten de exención, el establecimiento permanente tendrá la consideración de entidad no residente a los efectos de la transparencia fiscal internacional pero, por lo común, no será de aplicación tal régimen fiscal, debido a que la naturaleza de las rentas que habitualmente obtienen los establecimientos permanentes no encaja en la tipología de las afectadas por aquella.

La transparencia fiscal internacional española no considera como entidad no residente a los establecimientos permanentes. Puesto que las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente están exentas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 27/2014, la transposición de la directiva afectará a la tributación de las rentas obtenidas a través de establecimiento permanente, pero solo en la medida en que conjuguen la nota de tipicidad, lo que no será frecuente, habida cuenta de que el establecimiento permanente es un lugar fijo de negocios.

3.2. CONTRIBUYENTES

Son contribuyentes de la transparencia fiscal internacional y, por lo tanto, deberán soportar la imputación de las rentas obtenidas por la entidad no residente, todas las entidades y establecimientos permanentes incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la directiva antiabuso. En consecuencia, son contribuyentes de la transparencia fiscal internacional:

- Los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades de cada Estado miembro.
- Los establecimientos permanentes de entidades residentes en un Estado tercero, cuyos beneficios estén sujetos a imposición en el Estado miembro donde están constituidos.
- Los establecimientos permanentes de entidades residentes en un Estado miembro, cuyos beneficios estén sujetos a imposición en el Estado miembro donde están constituidos.

Los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades pero exentos, también están afectados por la transparencia fiscal internacional, si bien el efecto práctico de la imputación será nulo, debido a la exención.

Los contribuyentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) caen fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la directiva antiabuso. Por tanto, respecto de las personas físicas, los Estados miembros podrán legislar en materia de transparencia fiscal internacional con entera libertad, respetando, claro está, los principios y libertades del ordenamiento comunitario.

Los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades, pero que no tributan efectivamente por el mismo debido a un régimen de transparencia fiscal interna o asimilado, no están afectados por la transparencia fiscal internacional, por cuanto, como se ha indicado, la directiva antiabuso no los incluye en su ámbito subjetivo. Pero sí podrían estarlo sus socios, en cuanto reunieren la

condición de contribuyentes del impuesto sobre sociedades ya que, como se verá más adelante, la imputación se puede producir mediante una participación indirecta, en este caso a través de la entidad sujeta a transparencia fiscal interna.

En fin, no cabe descartar que, según la legislación del Estado miembro de que se trate, alguna entidad jurídica pudiera no estar sujeta al impuesto sobre sociedades, en cuyo caso tampoco estaría afectada por la transparencia fiscal internacional, pero sí podrían estarlo sus socios, en los términos comentados en el párrafo precedente.

La transparencia fiscal internacional española afecta a los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades (art. 100 Ley 27/2014), incluso si tributan en régimen de transparencia fiscal interna, a los establecimientos permanentes por cuanto determinan su base imponible de acuerdo con las normas del impuesto sobre sociedades (art. 18 TRLIRNR) y a las personas físicas (art. 91 Ley 35/2006).

3.3. EL CONTROL SOBRE LA ENTIDAD NO RESIDENTE

Existe control sobre la entidad no residente *cuando el contribuyente, solo o conjuntamente con sus empresas asociadas, posea una participación directa o indirecta de más del 50% en los derechos de voto, o posea directa o indirectamente más del 50% del capital o tenga derecho a percibir más del 50% de los beneficios...* (art. 7.1 a).

Quien o quienes tienen el control habitualmente tienen también la facultad de disponer sobre el patrimonio de la entidad, y esa capacidad de disposición justifica la imputación. La imputación de una renta respecto de la que se carece del poder de disposición contravendría el principio de capacidad económica.

La norma no indica el momento en el que ha de ostentarse el control. Los legisladores nacionales tienen, pues, libertad. El legislador español ha escogido la fecha de cierre del ejercicio social de la entidad no residente (art. 100.1 a) Ley 27/2014).

Para calcular los porcentajes determinantes del control deben acumularse los correspondientes al contribuyente y a sus empresas asociadas. Están en relación de asociación con el contribuyente:

- Las entidades en las que participe, al menos, en un 25% en los derechos de voto o en los beneficios (art. 2.4 a).
- Las personas físicas que ostenten sobre el contribuyente tal tipo de participación (art. 2.4 b).
- Las entidades en las que las entidades o personas mencionadas ostenten tal tipo de participación (art. 2.4, último inciso).

La relación de asociación referida no contempla, a diferencia de la transparencia fiscal internacional española, los lazos familiares (art. 100.1 a) Ley 27/2014), pero es, desde luego, más amplia que la relación de asociación mercantil.

Para determinar la existencia de control, deberán sumarse los tantos del contribuyente con los de las personas o entidades respecto de las que está en relación de asociación.

Los tantos tienen naturaleza diferente, por cuanto van referidos a conceptos diferentes, esto es, voto, capital y beneficios, de aquí que se plantee la cuestión de la pertinencia, o no, de su agregación, a los efectos de determinar la existencia de control.

La lógica aconseja la respuesta negativa, pues no es comparable el poder de disposición que otorga un 51 % sobre el capital con el que otorga un 26 % sobre el capital y un 25 % sobre los derechos de voto, debiendo recordarse que es el poder de disposición lo que justifica la imputación de unas rentas no percibidas.

El contribuyente, junto con las personas o entidades asociadas, forma lo que podría denominarse el grupo de control. Las entidades asociadas pueden, a su vez, tener la condición de contribuyente, pero no toda entidad integrante del grupo de control será contribuyente. Las entidades no residentes en algún Estado miembro no lo serán.

El control en la transparencia fiscal internacional española se configura, igualmente, a través de la suma de tantos de las personas o entidades integrantes de un grupo de control, pero su perímetro es más amplio que el previsto en la directiva, pues contempla los lazos determinantes de la vinculación en el sentido de las operaciones vinculadas, los cuales rebasan los de asociación (art. 100.1 a) Ley 27/2014), y la imputación se proyecta sobre todas las personas o entidades integrantes del grupo de control que, siendo residentes en territorio español, participen directamente en la entidad no residente o indirectamente a través de entidades no residentes (art. 100.7 Ley 27/2014).

La forma en cómo el artículo 7.1 a) construye el control está pensada para abarcar a todo tipo de entidades. Así, la participación en el capital apunta hacia las entidades capitalistas, la participación en el voto hacia las personalistas y la apelación al derecho a percibir los beneficios podría predicarse respecto de las estructuras jurídicas fiduciarias, con tal de que se interprete, como parece más correcto, que el derecho a la percepción de los beneficios, aunque firme, no tiene, necesariamente, por qué ser actual. En fin, las tres relaciones de control, también podrían solaparse.

En relación con el establecimiento permanente, no cabe, propiamente, la idea de control, por cuanto forman parte del propio contribuyente.

3.4. EL RÉGIMEN FISCAL AL QUE SE SUJETA LA ENTIDAD NO RESIDENTE

El régimen fiscal al que está sujeta la entidad no residente o el establecimiento permanente es indiferente. Lo relevante es el importe del impuesto pagado por razón de los beneficios ob-

tenidos, pues si no rebasa la mitad del que correspondería según la legislación fiscal del Estado miembro del contribuyente, habrá imputación por transparencia fiscal internacional, y en el caso contrario no la habrá (art. 7.1 b). De esta manera, la directiva adopta el método de comparación de la deuda tributaria satisfecha, al modo en como lo hace la transparencia fiscal internacional española, si bien el umbral de esta última es el 75 %, el cual, en cuanto más exigente, podrá ser mantenido tras la transposición (art. 100.1 b) Ley 27/2014).

Otras técnicas, tales como la ubicación en sede de un paraíso fiscal o el tipo nominal de gravamen, no han sido recogidas por la directiva, ni tan siquiera con carácter alternativo o subsidiario. En tal sentido, la armonización lograda en este punto ha sido plena.

En consecuencia, un mismo importe de impuesto extranjero puede dar lugar, o no, a imputación en régimen de transparencia fiscal internacional, habida cuenta de la diversa presión fiscal por el impuesto sobre sociedades en los distintos Estados miembros.

La tributación a tomar en consideración es la que recae sobre los beneficios. La que recae sobre cualquier otra magnitud no es relevante. No obstante, es dudoso que no deba ser tomada en consideración la tributación que pretenda gravar indirectamente el beneficio a través de una magnitud asociada con el mismo, como puede ser el activo o cualquier otro indicador de actividad económica.

Literalmente, la norma se refiere al impuesto pagado sobre los beneficios, esto es, la totalidad de los beneficios. Sin embargo, la lógica apunta a que solamente deba ser tomada en consideración aquella parte del impuesto pagado sobre los beneficios que afecte a las rentas sujetas a imputación en régimen de transparencia fiscal internacional.

3.5. LA TIPOLOGÍA DE LAS RENTAS AFECTADAS

Un aspecto clave de la transparencia fiscal internacional es la tipología de las rentas afectadas pues, como se ha indicado, según cual sean los objetivos perseguidos así deben ser las rentas tipificadas. A este respecto, cabe distinguir tres modelos⁷:

- Categoría o clase de rentas.
- Sustancia de la entidad no residente.
- Intensidad del beneficio.

En el apartado 2 del artículo 7 conviven, con carácter alternativo, los dos primeros. Esta configuración de las rentas afectadas otorga un amplio margen de discrecionalidad a los Estados

⁷ Véase Informe final de la Acción 3 del proyecto BEPS.

miembros, los cuales podrán transponer una de las dos categorías, o las dos, o tipificar un elenco de rentas afectadas que comprenda las de una de las dos categorías, o a las de las dos.

Por tanto, así como en los vectores de control y régimen tributario privilegiado la armonización conseguida es notable, sin perjuicio del efecto inherente a la diversidad de tipos de gravamen, en el vector de la tipología de las rentas, la armonización es débil. Esto, probablemente, contribuya a explicar que Estados miembros tradicionalmente opuestos a la transparencia fiscal internacional, como son Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, hayan prestado el consentimiento para alcanzar la unanimidad.

3.5.1. Categoría o clase de rentas

La letra a) del artículo 7.2 sigue el modelo de la categoría o clase de rentas, pudiendo distinguirse cuatro subcategorías:

- Las rentas del capital o rentas pasivas.
- Las rentas derivadas de actividades empresariales.
- Las rentas mixtas.
- Las rentas por operaciones vinculadas.

3.5.1.1. Las rentas del capital

Son rentas del capital *los intereses u otras rentas generadas por activos financieros (i) y los dividendos y rentas procedentes de la enajenación de acciones (iii)*.

Corresponderá al legislador nacional acotar el ámbito de estos dos tipos de renta, ante la ausencia de una definición establecida en la directiva. Ahora bien, el legislador nacional no podrá excluir ningún interés o dividendo abarcado por el ámbito seleccionado, por razón del pagador. Por otra parte, ese ámbito deberá ser consistente con otras normas comunitarias, tales como la directiva de intereses y cánones, la directiva matriz-filial y la directiva contable. En el mismo sentido, y por lo que se refiere a los intereses, deberá ser consistente con la definición de costes de endeudamiento contenida en la propia directiva antiabuso (art. 2.1).

En consecuencia, no podrán ser excluidos los intereses asociados a la financiación de actividades económicas emprendidas por el grupo de empresas al que pertenece la entidad no residente, ni los dividendos de carácter empresarial, entre otros.

En este sentido, el espectro de los intereses y dividendos previsto en la directiva antiabuso es más amplio que el establecido en la transparencia fiscal internacional española, pues la misma excluye a los intereses derivados de la financiación interna de actividades empresaria-

les realizadas por entidades no residentes en territorio español (art. 100.3 b), último inciso, Ley 27/2014), a los dividendos e intereses asociados a la realización de actividades empresariales (art. 100.3 b) 1.º, 2.º, 3.º y 4.º Ley 27/2014) y a los dividendos inherentes a participaciones significativas (art. 100.4 Ley 27/2014).

3.5.1.2. *Las rentas empresariales*

Rentas procedentes de actividades de seguros, actividades bancarias u otras actividades financieras (v).

Para acotar este tipo de rentas ha de acudir a la actividad efectivamente realizada, antes que a la sujeción de la entidad no residente a un estatuto legal o reglamentario específico, como el que se encuentra establecido en los distintos Estados miembros, ya que la transparencia fiscal internacional está llamada a aplicarse también respecto de entidades extracomunitarias.

La transparencia fiscal española recoge este tipo de rentas de manera absolutamente residual, pues las supedita a la generación de gastos en sede de entidades residentes en territorio español vinculadas con la entidad no residente (art. 100.3 g) Ley 27/2014).

3.5.1.3. *Las rentas mixtas*

Son rentas mixtas *los cánones u otras rentas generadas por la propiedad intelectual o industrial (ii) y las rentas procedentes del arrendamiento financiero (iv).*

Este tipo de rentas pueden generarse tanto en el seno de una actividad económica como derivar de la pura tenencia y cesión de activos. A efectos de su tipificación esa dicotomía es indiferente.

La transparencia fiscal internacional española tipifica la renta derivada de la propiedad intelectual e industrial mantenida con carácter no empresarial (art. 100.3 d) Ley 27/2014). Por el contrario, una explotación empresarial de esta clase de propiedad no generaría renta afectada. En cuanto al arrendamiento financiero, si se realiza con carácter no empresarial, puede ser asimilado a las rentas derivadas de la cesión a terceros de capitales propios (art. 100.3 b) Ley 27/2014) y si se realiza con carácter empresarial, estaría asimilada a la renta de actividades financieras (art. 100.3 g) Ley 27/2014).

3.5.1.4. *Las rentas por operaciones vinculadas*

Son rentas por operaciones vinculadas las derivadas de los ingresos derivados de bienes y servicios *comprados y vendidos a empresas asociadas, añadiendo un valor escaso o nulo (vi).*

Las rentas proceden de operaciones vinculadas en las que la entidad no residente opera a modo de eslabón entre otras entidades del grupo y terceros, sea adquiriendo bienes y servicios de

empresas asociadas que posteriormente transmite a terceros o transmitiendo a otras entidades del grupo bienes y servicios que anteriormente ha adquirido de terceros. Más raramente opera en un circuito puramente interno. Y en este trasiego, la entidad no residente añade escaso o nulo valor. Suele denominarse a esta entidad como *refacturadora*.

Son, pues, dos las circunstancias que deben confluir en la renta tipificada:

- Derivar de operaciones concertadas con entidades asociadas.
- Las funciones que desempeña la entidad no residente en relación con los bienes y servicios objeto de las mismas añaden un escaso o nulo valor.

El valor añadido es un concepto económico, pero el valor añadido *escaso o nulo* es un concepto jurídico indeterminado que deberá ponderarse en cada caso. Una primera aproximación vendrá dada por el importe de los sueldos y salarios pagados por la entidad no residente, pero se trata tan solo de una aproximación. Una segunda aproximación, seguramente más aquilatada, será la realizada mediante un examen de las funciones y riesgos asumidos por la entidad no residente en relación con las operaciones realizadas. El análisis del valor añadido guarda un evidente paralelismo con el análisis funcional propio de la aplicación del principio de libre concurrencia. En este sentido, las pautas y criterios contenidos en las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE podrán orientar la concreción de este concepto jurídico indeterminado.

Una vez constada la concurrencia de las dos circunstancias, la renta, en su totalidad, derivada de los ingresos por operaciones con empresas asociadas, deberá ser imputada, incluso si fuera acorde con el valor añadido, si bien la hipótesis subyacente a este tipo de rentas sea, probablemente, la desproporción entre valor añadido y renta registrada en sede de la entidad no residente que las ha realizado.

Es claro que, en caso de desproporción entre renta y valor añadido, este tipo de rentas podrían, igualmente, ser imputadas al contribuyente, mediante la aplicación del principio de libre concurrencia, generalmente tipificado en las legislaciones de los Estados miembros, cuando las ventas y servicios se hubieren concertado, precisamente, con el contribuyente.

En caso de ser concertados con otra entidad asociada distinta del contribuyente, la corrección practicada, en su caso, en aplicación del principio de libre competencia, debería recortar la renta, a efectos de la transparencia fiscal internacional, de la entidad no residente, para reconducirla al importe correspondiente al valor económico añadido.

Parece plantearse, entonces, un conflicto entre el principio de libre concurrencia y la transparencia fiscal internacional, que debe resolverse a favor del primero, por cuanto, en un orden lógico, tanto fiscal como contable, la correcta valoración de las operaciones vinculadas de acuerdo con el principio de libre concurrencia es un presupuesto de la determinación de las rentas, en tanto que la transparencia fiscal internacional se aplica una vez efectuada tal determinación.

En consecuencia, la imputación por transparencia fiscal internacional operará respecto de aquella porción de la renta procedente de operaciones vinculadas, ya valoradas por su valor normal de mercado, a cuya generación la entidad no residente ha contribuido añadiendo un valor escaso o nulo o, eventualmente, respecto de aquella renta derivada de operaciones vinculadas que no ha pasado por el tamiz del principio de libre competencia, en las que el valor añadido por la entidad residente ha sido escaso o nulo.

Por tanto, sobre la base de la hipótesis más plausible de la aplicación previa del principio de libre competencia, este tipo de rentas tendrá un carácter marcadamente residual⁸.

Esta clase de renta no está contemplada en la Ley 27/2014.

3.5.2. Sustancia de la entidad no residente

La letra b) tipifica las rentas derivadas *de mecanismos falseados que se han establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal*.

El párrafo segundo de la letra b) describe, de una manera alambicada, lo que se considera mecanismo falseado. En síntesis, el mecanismo falseado se concreta en que los activos y riesgos puestos en juego para realizar la operación de la que deriva la renta han sido atribuidos falsamente a la entidad no residente. Esos activos y riesgos radican, realmente, en sede de otra entidad del mismo grupo. Se trata, bien se ve, de una situación próxima a la simulación, urdida, a tenor del texto normativo, por las personas influyentes que toman las decisiones en las entidades concernidas.

La transparencia fiscal internacional española tipifica como renta afecta aquella que se obtiene por una entidad que no dispone de unos medios humanos y materiales acordes con las operaciones de las que deriva dicha renta (art. 100.2 Ley 27/2014).

La renta tipificada en la letra b) es una renta atribuida, mediante mecanismos fraudulentos, a una entidad controlada. Por tanto, también podría ser sometida a la tributación pertinente mediante la aplicación de una norma antiabuso de carácter general o, simplemente, atrayendo la residencia fiscal a la jurisdicción fiscal de la entidad matriz, en la medida en que pudiera demostrarse que en ella radica la sede de dirección efectiva⁹. Estas técnicas de regularización deben aplicarse con carácter preferente. En tal caso, la transparencia fiscal internacional jugaría, respecto de este tipo de renta, un papel puramente residual.

⁸ BURKADZE, E.: «Interaction of Transfer Pricing Rules and CFC Provisions», *International Transfer Pricing Journal*, núm. 5, vol. 23, 2016.

⁹ Informe final de la Acción 6 del proyecto BEPS.

En este sentido, aquellos Estados miembros que opten por transponer únicamente las rentas de la letra b), en rigor no están haciendo otra cosa que incorporar un remedio subsidiario para el caso en que la norma antiabuso no procure una solución satisfactoria.

En fin, la renta de la letra b) está alejada de la filosofía y objetivos de la transparencia fiscal internacional.

Es posible intuir que la tipificación de la renta de la letra b) a modo de opción o alternativa respecto de la renta de la letra a) forma parte de los equilibrios políticos necesarios para alcanzar la necesaria unanimidad.

3.6. LAS DENOMINADAS CLÁUSULAS DE ESCAPE

El mandato de las cláusulas de escape es exceptuar la imputación de la renta tipificada.

Por los requisitos que las configuran, es posible distinguir tres tipos:

- Distribución de la renta tipificada.
- Actividad.
- Mínimos.

3.6.1. Cláusula de distribución de la renta

Esta cláusula versa sobre todo tipo de rentas, esto es, tanto las de la letra a) como las de la letra b) del artículo 7.2.

Se infiere de las propias normas que tipifican las rentas sujetas a imputación, ya que la no distribución es un ingrediente de aquellas. La renta distribuida no estará afecta a transparencia fiscal internacional, cualquiera que sea la entidad perceptora de la misma, sin perjuicio de que tal percepción deba, a su vez, conjugar la renta tipificada en concepto de dividendo, debiendo estarse a la entidad perceptora a los efectos de examinar las circunstancias de control y régimen fiscal privilegiado.

Cuando la entidad obtiene rentas de fuentes diversas, estando algunas de aquellas tipificadas y otras no, y se efectúan distribuciones de beneficios que no versan sobre la totalidad de la renta, surge la cuestión de cuál ha sido la renta distribuida, que solamente puede resolverse con base en un criterio puramente convencional que, sin embargo, la directiva no ha establecido.

Se trata del mismo problema que se presenta respecto de la no integración en la base imponible de los dividendos en la parte de los mismos que se ha nutrido de rentas imputadas, que la

transparencia fiscal internacional española ha resuelto mediante una regla de proporcionalidad (art. 100.10 Ley 27/2014).

No debe confundirse esta cláusula con aquella que exonera la imputación por razón de que la entidad no residente siga una política aceptable de distribución de beneficios.

3.6.2. Cláusula de actividad

Versa sobre las rentas de la letra a). En su virtud, ninguna de las rentas tipificadas en la letra a) será imputable cuando la entidad no residente *lleve a cabo una actividad económica de importancia basada en una plantilla, un equipamiento, bienes e instalaciones*.

La norma no precisa si la actividad económica de importancia se refiere al conjunto de las rentas obtenidas por la entidad o exclusivamente a las rentas tipificadas.

Si estuviera referida a la totalidad de las rentas, esta cláusula de escape supondría una importante merma para la efectividad de la transparencia fiscal internacional. En efecto, rentas pasivas tipificadas de cuantioso volumen podrían ser cobijadas en entidades no residentes con tal de que las mismas realizaran actividades económicas importantes.

Generalmente, las rentas empresariales no están sujetas a transparencia fiscal internacional, pero una cosa es esa no sujeción y otra, bien diferente, que la realización de actividades económicas relevantes neutralice la imputación de rentas puramente pasivas. Verdad es que la denominada *cláusula de mínimos*, presente en varias legislaciones de los países de nuestro entorno, y también en la Ley 27/2014, tiene el efecto de excluir rentas pasivas tipificadas cuando concurren con otro tipo de rentas, señaladamente las derivadas de actividades empresariales, pero lo hace limitadamente (art. 100.5 Ley 27/2014). La directiva antiabuso también contiene una cláusula de mínimos, de tenor similar, que más adelante se comenta.

Las consideraciones precedentes sugieren que la actividad económica de importancia debe predicarse, antes que sobre la entidad o sobre el conjunto de las rentas que la misma obtiene, respecto de las rentas tipificadas.

¿Qué debe entenderse por una *actividad económica de importancia*? Antes de avanzar una respuesta, conviene tener en cuenta que la versión inglesa se refiere a *substantive economic activity*, la francesa a una *activité économique substantielle* y la italiana a *attività economica sostanziale*. Tal vez la versión española hubiera debido emplear la palabra *substancial*. El matiz es relevante, porque la palabra importante apunta a que la actividad económica sea de envergadura, en tanto que la palabra «substancial» a que la actividad no sea de pura fachada, sino real, efectiva o genuina, aun cuando no requiera un elevado concurso de medios humanos y materiales.

A pesar de la importancia que, para la correcta transposición y posterior aplicación de la transparencia fiscal internacional, tiene la cláusula de actividad, y de que la misma pivota sobre

la noción de actividad económica, la directiva antiabuso no ofrece una descripción de la misma, como tampoco lo hizo el Tribunal de Justicia en la crucial Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, asunto C-196/04 (NFJ023535), siendo así que, a tenor de la misma, la realización de *actividades económicas efectivas* rechaza la aplicación de la transparencia fiscal internacional.

La noción de actividad económica es utilizada profusamente por el ordenamiento comunitario. Así, en la regulación del impuesto sobre el valor añadido (IVA), en las normas sobre la competencia, en la regulación fiscal de las operaciones de reestructuración transfronterizas, en las normas relativas al derecho de establecimiento, entre otras, juega un papel señero.

El silencio de la directiva abre paso a las legislaciones nacionales y a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Así, la definición que de actividad económica ofrece el artículo 5 de la Ley 27/2014 será válida en relación con la transparencia fiscal internacional española.

La doctrina cita, entre otras, la descripción que de actividad económica ofreció el abogado general en *Banque Bruxelles Lambert*, en el sentido de actividad ejecutada por empresas para el mercado, en el marco de una organización, con la finalidad de obtener un beneficio¹⁰.

Por aplicación de la cláusula de actividad, las rentas de las entidades de crédito, de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y del resto de las sociedades financieras normalmente quedarán al margen de la transparencia fiscal internacional. En efecto, las rentas derivadas de esas fuentes no pueden obtenerse sino mediante el concurso de medios humanos y materiales suficientemente organizados en orden a la prestación de servicios para el mercado y así obtener un beneficio.

Por el contrario, las rentas por operaciones vinculadas no quedarán al margen, pues la adición de un valor añadido escaso o nulo vendrá acompañada, normalmente, de una carencia de medios organizativos, personales y materiales.

En medio queda el núcleo de las actividades de *holding*, de centralización de la tesorería y la función financiera, y de cesión de uso de activos representativos de la propiedad industrial e intelectual.

En ciertas sentencias relativas al IVA, el Tribunal de Justicia ha indicado que la tenencia y venta de acciones, aun con la consiguiente percepción de dividendos y plusvalías, no puede ser considerada como actividad económica¹¹, pero también, en el ámbito del derecho de la competen-

¹⁰ SMIT, D. S.: «Substance Requirements for Entities Located in a Harmful Tax Jurisdiction under CFC Rules and the Freedom of Establishment», *Derivatives & Financial Instruments*, núm. 6, vol. 16, 2014.

¹¹ Harnas & Helm CV, asunto C-80/95 (NFJ005199), apartado 15: «[...] el Tribunal de Justicia también ha precisado que la mera adquisición y la mera tenencia de participaciones sociales no deben considerarse como una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva, que confiera a quien la realiza la calidad de sujeto pasivo (sentencia

cia, que sí constituye actividad económica la tenencia de una cartera de control que permite ejercer una función de dirección y gestión en relación con las actividades de la entidad participada¹².

En este punto, la legislación fiscal española tiene un listón más bajo para reconocer la existencia de actividad económica, pues no considera como valores, a efectos de la definición de sociedad patrimonial la cual, justamente, se caracteriza por no realizar una actividad económica, a los que otorgan un 5 % sobre el capital y se mantengan durante al menos un año *con la finalidad de dirigir y gestionar la participación* (art. 5.2 Ley 27/2014), de manera tal que no se requiere la involucración gestora en las actividades de la entidad participada para que se aprecie la realización de actividad económica, en plena sintonía con el tratamiento que la transparencia fiscal internacional otorga a los dividendos derivados de esas participaciones (art. 100.4 Ley 27/2014).

La transposición de la directiva antiabuso seguramente motivará una reconsideración de los preceptos mencionados.

En algunos grupos multinacionales se observa que las funciones financieras y de tesorería están encomendadas a entidades *ad hoc*, cuyo resultado contable está constituido por la diferencia entre los ingresos y los gastos financieros así como por los impactos de los derivados y de las valoraciones por el valor razonable. Si estas actividades fueren consideradas como actividades económicas substanciales, operaría la cláusula de actividad.

de 20 de junio de 1991, Polysar Investments Netherlands, C-60/90, Rec. p. I-3111, apartado 13). La mera adquisición de participaciones financieras en otras empresas no constituye una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, ya que el eventual dividendo, fruto de esta participación, es resultado de la mera propiedad del bien (véase, asimismo, en este sentido, la sentencia de 22 de junio de 1993, Sofitam, C-333/91, Rec. p. I-3513, apartado 12)».

EDM, asunto C-77/01 (NFJ016398), apartados 57 y 58: «[...] A este respecto, es preciso recordar de entrada que, conforme a reiterada jurisprudencia, la mera adquisición y la sola tenencia de participaciones sociales no deben considerarse como una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva, que confiera a quien la realiza la calidad de sujeto pasivo. En efecto, la mera adquisición de participaciones financieras en otras empresas no constituye una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, ya que el eventual dividendo, fruto de esta participación, es resultado de la mera propiedad del bien, y no la contrapartida de una actividad económica (véanse las sentencias, antes citadas, Harnas & Helm, apartado 15, y Floridienne y Berginvest, apartado 21). Por tanto, si estas actividades no constituyen por sí mismas una actividad económica en el sentido de la mencionada directiva, lo mismo sucede respecto a las que consisten en ceder tales participaciones [...] Igualmente, la mera adquisición y la mera venta de otros valores negociables no pueden constituir una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, puesto que la única retribución de esas operaciones es un eventual beneficio en el momento de la venta de dichos valores [...]».

¹² Cassa di Risparmio di Firenze, asunto C-222/04 (NFJ028807), apartados 111 y 112: «[...] A este respecto, es necesario subrayar que la mera tenencia de participaciones, aunque sean de control, no basta para caracterizar una actividad económica de la entidad que las posee cuando dicha circunstancia solo implique el ejercicio de los derechos vinculados a la condición de accionista o socio, así como, en su caso, la percepción de dividendos, que no son más que los frutos que produce la propiedad de un bien. En cambio, debe estimarse que una entidad que posee el control de una sociedad y ejerce efectivamente dicho control interviniendo directa o indirectamente en la gestión de esta última, participa en la actividad económica desarrollada por la empresa controlada».

En algunas sentencias, concernientes al IVA, el Tribunal de Justicia ha establecido criterios en orden a determinar la existencia, o no, de actividad económica, respecto de ese tipo de operaciones¹³. La actividad económica descansa sobre las notas de continuidad o habitualidad, organización y finalidad comercial.

En la transparencia fiscal española, la renta derivada de los intereses de préstamos a entidades del propio grupo mercantil no es susceptible de imputación si las prestatarias realizan actividades económicas significativas y son no residentes en territorio español (art. 100.3 b) y g) Ley 27/2014).

Por lo que se refiere a la renta derivada de la cesión de uso de los activos representativos de la propiedad intelectual e industrial, habrá de estarse a la forma en cómo se exploten los mismos. Si la cesión es a favor de las entidades del propio grupo de empresas, generalmente no se apreciará la concurrencia de actividad económica, pero no puede descartarse totalmente. Por el contrario si la cesión se realiza a favor de terceros, es más probable que concurra la actividad económica, pero no puede darse por sentado que así sea en todo caso. La existencia de organización y finalidad comercial será lo relevante.

En la transparencia fiscal internacional española, la renta derivada de la propiedad intelectual o industrial no es imputable si fuere obtenida en el curso de una actividad económica, por cuanto la norma que tipifica este tipo de renta se remite a la categoría de renta tipificada como del capital en el IRPF, excepto si generase un gasto fiscalmente deducible en una entidad residente en territorio español y vinculada (art. 100.3 d) y g) Ley 27/2014).

La cláusula de actividad debe transponerse obligatoriamente en relación con las entidades residentes en algún Estado del Espacio Económico Europeo (EEE)¹⁴. En relación con Estados terceros la transposición no es obligatoria, sino facultativa.

Ha de suponerse, por tanto, que la cláusula de actividad respeta la doctrina del Tribunal de Justicia, cuyo principal exponente es la Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*,

¹³ EDM, asunto C-77/01 (NFJ016398), conclusiones, apartado 62, abogado general: «[...] propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que la concesión anual de préstamos remunerados por una sociedad *holding* a las empresas en las que posee participaciones, cuando aquella tiene por actividad principal gestionar estas últimas y, en cierta medida, también prestar garantías para los préstamos contraídos por ellas, constituye una actividad económica si dichos préstamos no se conceden con carácter ocasional, sino con arreglo a unos objetivos empresariales o a una finalidad comercial, caracterizada en especial por el afán de rentabilizar los capitales invertidos. [...]». Sentencia EDM, asunto C-77/01 (NFJ016398), apartado 70, tribunal: «[...] Por consiguiente, es preciso señalar que la concesión anual por un *holding* de préstamos remunerados a las sociedades en las que posee participaciones y sus inversiones en depósitos bancarios o en valores, como bonos del Tesoro o certificados de depósito, constituyen actividades económicas efectuadas por un sujeto pasivo que actúa como tal, en el sentido de los artículos 2, punto 1 y 4, apartado 2, de la Sexta Directiva».

¹⁴ Estados miembros de la Unión Europea más Islandia, Noruega y Liechtenstein.

asunto C-196/04 (NFJ023535), a cuyo tenor la implantación real y la realización de actividades económicas efectivas excluye la transparencia fiscal internacional.

El legislador español ha utilizado la cláusula de actividad para dar respuesta y cumplimiento a la referida sentencia, de manera tal que la realización de actividades económicas inhibe, en el ámbito de la Unión Europea, la aplicación de la transparencia fiscal internacional cuando, además, el contribuyente acredite que la constitución y operativa de la entidad concernida responda a motivos económicos válidos (art. 100.16 Ley 27/2014).

El legislador español no ha extendido la cláusula de actividad a los Estados terceros, ni a los del Acuerdo EEE que no son miembros de la Unión Europea. La transposición de la directiva obligará, de una parte, a eliminar el requisito de motivos económicos válidos y, de otra, a extender la cláusula de actividad a los Estados miembros del Acuerdo EEE.

La forma en cómo los Estados miembros transpongan la cláusula de actividad, y más todavía la manera en cómo la apliquen, será una de las piedras de toque para valorar cuánto de sincero hay en las proclamas políticas de hacer tributar los beneficios de los grupos multinacionales.

3.6.3. Cláusula de mínimos

Se prevén cuatro cláusulas de mínimos. Dos, respecto de las rentas de la letra a) y otras dos respecto de las rentas de la letra b), del artículo 7.2. Todas las cláusulas tienen carácter optativo para los Estados miembros.

En relación con la renta de la letra a) se establecen dos cláusulas de mínimos, una de carácter general y otra específicamente dirigida a las sociedades financieras.

La cláusula de carácter general opera cuando la suma de las rentas tipificadas en la letra a) no rebase la tercera parte de la renta de la entidad no residente. Es similar a la de la transparencia fiscal internacional española, si bien el umbral de esta última es menos permisivo, pues está fijado en el 15 % de la renta (art. 100.5 Ley 27/2014).

La cláusula relativa a las sociedades financieras opera respecto de las rentas de las entidades crediticias, aseguradoras y reaseguradoras y del resto de las sociedades financieras, cuando las rentas obtenidas en operaciones con empresas asociadas no rebasan la tercera parte de la renta de la entidad no residente. Esta cláusula se solapará, habitualmente, con la cláusula de actividad, pues las operaciones crediticias, aseguradoras y financieras supondrán, habitualmente, una actividad económica ejecutada con el debido concurso de una organización de medios humanos y materiales.

La transparencia fiscal internacional española establece una cláusula similar para la renta de actividades financieras, crediticias y aseguradoras que determine gastos en una entidad residente en territorio español vinculada (art. 100.3 g) Ley 27/2014).

Las dos cláusulas son optativas, de manera tal que los Estados miembros podrán transponerlas, o no, al ordenamiento interno. Es claro que su transposición, en particular por lo que se refiere a la cláusula de carácter general, reducirá significativamente el alcance de la transparencia fiscal internacional.

En relación con la letra b), también se establecen dos cláusulas de mínimos.

La primera descansa en lo exiguo del resultado contable, esto es, no superior a 750.000 euros, a condición de que los ingresos no comerciales no rebasen los 75.000 euros.

La segunda pivota sobre la relación entre el resultado contable y los gastos de explotación, que se establece en el 10%.

La renta derivada de mecanismos falseados quedará, de esta manera, amparada y al margen de la transparencia fiscal internacional. Esto no parece lógico. Ese tipo de renta en modo alguno debería encontrar el amparo de una cláusula de escape, pues la irregularidad no es aceptable, aun cuando sea de baja intensidad. Pero es que, además, la segunda cláusula de escape puede coonestar rentas relativamente elevadas.

3.6.4. Otras cláusulas de escape

En las diferentes legislaciones están reconocidas otras cláusulas de escape. Así, entre otras, la cotización en mercado oficial, la demostración de la concurrencia de motivos económicos válidos, una política aceptable de distribución de los beneficios, la existencia de pérdidas en la entidad no residente o la residencia de la misma en un país fiscalmente correcto (lista blanca).

Ninguna de ellas está reconocida en la directiva antiabuso. Por tanto, los Estados miembros no podrán incorporarlas en sus respectivas legislaciones, en la medida en que pudieran implicar una vulneración del nivel mínimo de protección.

No obstante, si la renta susceptible de imputación es distribuida previamente al momento de la imputación, no habrá lugar a la misma, por cuanto dicha imputación se proyecta sobre las rentas no distribuidas. Por otra parte, habida cuenta de que tal distribución es imposible si la renta tipificada positiva es neutralizada por rentas no tipificadas negativas, podría entenderse que la existencia de pérdidas en la entidad no residente ocluye la imputación de las rentas positivas.

Más allá de las precisiones técnicas desarrolladas en los párrafos precedentes y, sin duda, mucho más importante para el cabal entendimiento de la directiva antiabuso, conviene reflexionar respecto del recorte que las cláusulas de escape pueden provocar en el campo de la transparencia fiscal internacional. Pues bien, parece claro que los Estados miembros que decidan transponer únicamente las rentas de la letra b) así como las dos cláusulas de mínimos inherentes a las mismas, realmente dejarán sus legislaciones, *de facto*, al margen de la transparencia fiscal interna-

cional. Incluso los que transpusieren las rentas de la letra a), también quedarán en una posición similar si aplican de manera generosa la cláusula de actividad.

3.6.5. Las listas de países

El párrafo segundo de la consideración 12) declara aceptables las *listas blancas, grises o negras de terceros países* siempre que sean elaboradas *conforme a determinados criterios establecidos en la presente directiva, y puedan incluir el nivel del tipo impositivo del impuesto sobre sociedades, o recurrir a listas blancas de Estados miembros elaboradas con arreglo a estos criterios.*

El criterio precedente no está recogido en el cuerpo normativo de la directiva antiabuso, pero parece claro que los Estados miembros podrán aplicarlo a los efectos de su transposición. Por tanto, podrán:

- Establecer listas blancas respecto de Estados terceros, considerando el tipo de gravamen efectivo del impuesto sobre sociedades, no el nominal, pues la directiva antiabuso convoca al nivel del tipo impositivo pero no a su valor nominal. Una lista blanca exclusivamente formada con el criterio de la existencia de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición no sería correcta.
- Establecer listas blancas de Estados miembros, sin cortapisa alguna, en las que, incluso, podrían estar comprendidos todos ellos. También serían válidas, por tanto, las que no contuvieran a todos los Estados miembros, pero la discriminación debería estar justificada sobre la base del nivel del tipo impositivo. Naturalmente, la no inclusión en la lista blanca no impediría la aplicación de la cláusula de actividad económica, pues la misma es obligatoria en relación con los Estados miembros.
- Establecer listas negras y grises, esto es, que contengan excepciones respecto de determinadas entidades residentes en Estados incursos en la lista blanca, pero solamente respecto de Estados terceros.

Las listas blancas permiten recortar, adicionalmente, el campo de aplicación de la transparencia fiscal internacional.

3.7. LIQUIDACIÓN DE LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Comprende las siguientes operaciones:

- Determinación del importe de la renta a imputar.
- Determinación de los contribuyentes que deben soportar la imputación.

- Determinación del periodo impositivo de la imputación.
- Tratamiento de los impuestos que han recaído sobre la renta imputada.
- Tributación de los dividendos distribuidos por la entidad no residente.
- Tributación de las rentas derivadas de la transmisión de la participación sobre la entidad no residente.

3.7.1. Determinación de la renta a imputar

Los apartados 1 y 2 del artículo 8 regulan esta materia, distinguiendo entre las rentas de la letra a) y aquellas de la letra b).

Una lectura superficial de los dos apartados podría llevar a la conclusión de que en el caso de las rentas de la letra a) se imputa la totalidad del resultado contable de la entidad no residente, por cuanto en el caso de las rentas de la letra b) se especifica que la imputación se limita a las rentas expresamente afectadas. Esta lectura, seguramente auspiciada por una redacción deficiente del apartado 2, que confunde el acotamiento de la renta imputable con la determinación de su importe, no sería correcta. En efecto, la renta que se imputa es la tipificada en cada una de las clases o categorías de la letra a), pero no el resultado contable de la entidad que percibe tales rentas.

En el caso de las rentas de la letra a), su importe se determina de acuerdo con las normas del impuesto sobre sociedades del contribuyente llamado a soportar la imputación. Por tanto, aun cuando las rentas imputables sean las mismas para todos los Estados miembros, el importe puede ser diferente. En particular, las diferencias más acusadas se presentarán en los dividendos y plusvalías de cartera, pues si bien la exención de esas rentas está muy extendida, los requisitos que la habilitan distan de ser homogéneos.

El efecto práctico, respecto de aquellos Estados miembros que, como España, han establecido amplias exenciones para los dividendos y plusvalías de acciones es que, aun cuando las rentas de este tipo obtenidas por las entidades *holding* sean susceptibles de imputación, la transparencia fiscal internacional no supondrá una carga tributaria adicional, por cuanto el importe de la renta imputada será nulo, bajo el cumplimiento de los requisitos que habilitan la exención (art. 21 Ley 27/2014).

Esta regla de determinación del importe de la renta es la que sigue la transparencia fiscal internacional española (art. 100.9 Ley 27/2014).

En el caso de las rentas de la letra b), no hay una remisión a las normas del impuesto sobre sociedades del contribuyente, sino dos normas específicas. Por la primera, mediante una fórmula alambicada, el importe de la renta se constriñe a la derivada de mecanismos falseados, más precisamente, a la imputable a los activos y los riesgos vinculados a las funciones de las personas influyentes ejercidas por la sociedad que realiza el control, y, por la segunda, se apela a un

cálculo de conformidad con el principio de plena competencia. Las dos reglas cumplen funciones diferentes. La primera acota la renta imputable, la segunda delimita su importe por referencia a un principio básico de la fiscalidad internacional.

Poniendo en relación la letra b) del artículo 7.2 con el apartado 2 del artículo 8, se llega a la conclusión de que la entidad no residente, o bien no ha asumido efectivamente los riesgos y activos de los que se deriva la renta sino que tal asunción es impostada, o bien tal asunción solo se explica, en términos económicos, por la relación de dependencia o control respecto de la entidad dominante del grupo de empresas al que pertenece. En tal caso, la vía de la transparencia fiscal internacional no puede hurtarse al principio que rige las operaciones entre partes vinculadas, esto es, el principio de plena competencia.

Ahora bien, si la interpretación precedente es correcta, la letra b) está tipificando como renta imputable una renta que hubiera podido ser imputada por aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas, en el caso de España, las contenidas en el artículo 18 de la Ley 27/2014.

La renta tipificada ha de tener carácter positivo. La renta tipificada negativa no se imputará, pero podrá compensar rentas tipificadas positivas de periodos impositivos futuros.

Cuestión distinta es que converjan en la entidad no residente rentas positivas tipificadas con rentas negativas no tipificadas, de manera tal que el saldo sea una renta negativa o pérdida. En tal caso, es dudoso que proceda la imputación, como se comentó anteriormente.

En la transparencia fiscal internacional española, las rentas tipificadas negativas no se imputan pero, por aplicación de la regla de compensación de bases imponibles negativas, podrán aminorar las rentas tipificadas positivas de ejercicios futuros.

Por otra parte, la cuantía de la renta imputable no podrá exceder de la renta total de la entidad no residente (art. 100.9 Ley 27/2014).

3.7.2. Contribuyentes imputables

De acuerdo con el artículo 8.3, las rentas, determinadas conforme a lo previsto en los apartados anteriores, se imputarán en función de la proporción de la participación del contribuyente en la entidad, tal como se define en el artículo 7, apartado 1, letra a).

Por tanto, serán contribuyentes imputables las entidades jurídicas o establecimientos permanentes que ostenten alguna de las relaciones de participación enumeradas en dicho precepto.

No todas las entidades o establecimientos permanentes que forman parte del grupo de control, en el sentido del artículo 7.1 a), soportarán la imputación, pues las que no sean residentes o no se hallen ubicados, respectivamente, en el territorio de un determinado Estado miembro no lo harán, excepto si son residentes o están ubicados en el territorio de otro Estado miembro. En efec-

to, la imputación versa sobre las entidades o establecimientos permanentes que, formando parte del grupo de control, tienen la condición de contribuyentes del impuesto sobre sociedades en cualquier Estado miembro. De esta manera, la imputación prevista en la directiva puede afectar a contribuyentes de un solo Estado miembro o a contribuyentes de varios Estados miembros. Y es posible que, ante los mismos hechos, en un Estado miembro haya contribuyentes imputables y en otro u otros no, dependiendo, básicamente, del tipo de rentas tipificadas y de las cláusulas de escape incorporadas por cada Estado miembro.

La imputación mediante participación indirecta determina que la misma renta pueda ser imputada en sede de dos o más contribuyentes, sea por el mismo Estado miembro, por dos o más Estados miembros o por Estados terceros, pero de ello no se derivará exceso de imposición, por aplicación de la regla de reconocimiento de créditos fiscales prevista en el artículo 8.7.

En la transparencia fiscal internacional española esa duplicidad no se presenta, por cuanto la participación indirecta que se toma en consideración es la tenida a través de otra u otras entidades no residentes (art. 100.7 Ley 27/2014).

El apartado 3 no precisa el momento temporal en el que debe concurrir la relación de participación, pero interpretado conjuntamente con el apartado 4, del mismo artículo, parece que debe referirse al día en que termine el periodo impositivo de la entidad no residente. Esta es la solución de la transparencia fiscal internacional española (art. 100.1 a) Ley 27/2014).

3.7.3. Periodo impositivo de la imputación

La imputación surte efectos en relación con el periodo impositivo del contribuyente en el que está comprendido el día en el que finaliza el periodo impositivo de la entidad no residente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.4.

La transparencia fiscal internacional española adopta el ejercicio social en vez del periodo impositivo o ejercicio fiscal, pero se cuida de precisar que aquel no podrá tener una duración superior a 12 meses (art. 100.8 Ley 27/2014).

3.7.4. Distribución de dividendos por la entidad no residente

Los dividendos o participaciones en beneficios que, de acuerdo con la legislación interna del Estado miembro correspondiente, deban integrarse en la base imponible del contribuyente, lo harán minorados en el importe de la renta imputada. De esta manera, el artículo 8.5 pretende *garantizar que no se produzca doble imposición*.

Una solución semejante ofrece la transparencia fiscal internacional española (art. 100.10 Ley 27/2014).

La norma de minoración del dividendo en el importe de la renta imputada debe aplicarse aun cuando los dividendos disfruten de exención de acuerdo con las reglas generales, por cuanto la regla especial prevalece sobre la general, sin perjuicio de que, una vez practicada la minoración, el importe del dividendo excedente pueda acogerse a la exención.

Será en la distribución de beneficios con cargo a reservas donde surjan algunas dificultades para aquilatar la correspondencia entre el beneficio distribuido y la renta imputada. La transparencia fiscal internacional establece, a tal efecto, una regla convencional (art. 100.10 Ley 27/2014).

La minoración deberá producirse en sede del contribuyente que, siendo receptor del dividendo, sufrió la imputación, pero no del contribuyente receptor del dividendo que no sufrió la imputación. Este dividendo no será, para este último, un fruto, sino una recuperación del valor de la inversión.

Es interesante observar que la norma del artículo 8.5 procura la eliminación de la doble imposición económica internacional respecto de los dividendos distribuidos por entidades afectas al régimen de transparencia fiscal internacional, incluso en relación con Estados miembros cuyo régimen general de imposición no contemple dicha eliminación.

De esta manera, la transparencia fiscal internacional contenida en la directiva antiabuso no solo no determina doble imposición sino que la elimina, incluso en supuestos que, por el grado de participación, no ameritarían la aplicación de la directiva matriz-filial, o que estarían fuera de su ámbito de aplicación por provenir el dividendo de entidades residentes en Estados terceros.

3.7.5. Transmisión de la participación sobre la entidad no residente

El importe de la renta obtenida en la transmisión de la participación sobre la entidad no residente o de los elementos patrimoniales del establecimiento permanente deberá minorarse en el de la renta previamente imputada, a fin de evitar la doble imposición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.6.

No procederá, por tanto, la minoración, en la medida en que la renta imputada hubiera determinado la minoración de los dividendos previamente distribuidos, en los términos previstos en el artículo 8.5.

De esta manera, el artículo 8.6 incorpora el denominado valor de titularidad, esto es, el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, se correspondan con rentas que hubieren sido previamente imputadas.

Esta regla está recogida en la transparencia fiscal internacional española (art. 100.12 Ley 27/2014).

Se notará que, al igual que acontecía respecto de los dividendos, la norma del artículo 8.6 procura la eliminación de la doble imposición económica aun cuando el régimen general no lo hiciera y, desde luego, superando las previsiones de la directiva matriz-filial, por cuanto la misma no se proyecta sobre la doble imposición económica inherente a las plusvalías obtenidas en la transmisión de la participación.

Se da así pleno cumplimiento al propósito contenido en la consideración 5), a cuyo tenor, *las normas no solo deben tener por objeto contrarrestar las prácticas de elusión fiscal, sino también evitar la creación de otros obstáculos al mercado, como, por ejemplo, la doble imposición.*

3.7.6. Créditos de impuestos pagados, respecto de la renta imputada, por la entidad o establecimiento permanente

El artículo 8.7 establece la deducción del *impuesto pagado*, respecto de la renta imputada, por la entidad no residente o establecimiento permanente. Este impuesto es el que recae sobre los beneficios de la entidad no residente o del establecimiento permanente, en la medida en que se corresponda con la renta imputada.

El importe de la deducción se calculará de acuerdo con la *legislación nacional*, de manera que la misma podrá limitar la deducción del referido impuesto en los términos de la denominada «imputación ordinaria».

Las retenciones que pudieran haberse practicado respecto a dividendos nutridos con beneficios o rentas que fueron objeto de imputación no están contempladas en el artículo 8.7. Estas retenciones normalmente son deducibles de la cuota, de acuerdo con la legislación interna o los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, con el límite de la deuda tributaria derivada de tales beneficios. Mas, como quiera que dicha deuda tributaria no se presenta, o no se presenta totalmente, debido a la no inclusión en la base imponible prevista en el artículo 8.5, es dudoso que proceda la deducción.

El silencio de la directiva habilita a los Estados miembros para adoptar la solución que estimen pertinente, pero la adecuada, de acuerdo con la finalidad de evitar la doble imposición o el exceso de imposición, es permitir la deducción no solo del impuesto subyacente que ha recaído sobre los beneficios, sino también de la retención.

La transparencia fiscal internacional española ha previsto y regulado esta situación, admitiendo la deducción, tanto del impuesto subyacente como de la retención, bajo la limitación propia de la imputación ordinaria (art. 100.11 Ley 27/2014).

3.8. RELACIÓN CON LOS CONVENIOS BILATERALES PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Un tema clásico de la transparencia fiscal internacional es la posibilidad de aplicarla cuando media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, esto es, cuando la entidad no residente o el establecimiento permanente tienen su residencia o su ubicación, respectivamente, en un país que está vinculado por un convenio con el país en el que reside o se halle ubicado el contribuyente.

La directiva antiabuso no se ha hecho eco de esta cuestión.

Más allá del debate doctrinal, debe señalarse que la OCDE la ha abordado en los comentarios al Modelo de Convenio. Los primeros comentarios se incorporaron en 1992. Bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, estos comentarios fueron favorables a la compatibilidad de la transparencia fiscal internacional con los convenios. En 2003 se produjeron nuevos comentarios que acentuaron la posición favorable a la compatibilidad. El Plan de Acción BEPS y el informe final de la Acción 6 han continuado por dicha senda.

Los comentarios de 2003 pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Las normas sobre transparencia fiscal internacional son un instrumento legítimo para proteger la correcta formación de la base imponible¹⁵.
- El literal del artículo 7 del Modelo de Convenio, que en unión de los artículos 1, 4 y 5 establece la arquitectura de lo que se podría denominar el sistema de tributación internacional sobre los beneficios, no fundamenta un rechazo de la transparencia fiscal internacional¹⁶.
- La tributación de unos beneficios que todavía no han sido distribuidos no violenta el régimen de tributación de los dividendos¹⁷.

¹⁵ Un significativo número de Estados miembros y no miembros de la OCDE han adoptado normas sobre transparencia fiscal internacional. Aunque su contenido es variado, una característica común de estas reglas «[...] las cuales son en la actualidad reconocidas como un instrumento legítimo para proteger la base imponible domestica [...]» es que las mismas permiten a un Estado contratante gravar a sus residentes sobre la renta atribuible a su participación en ciertas entidades extranjeras (comentario 23, párrafo primero). Los Estados que adoptan normas sobre transparencia fiscal internacional buscan mantener la equidad y neutralidad de sus sistemas fiscales en un escenario internacional caracterizado por muy diferentes presiones fiscales, si bien, tales normas solamente deberían ser utilizadas con tal finalidad (comentario 26, párrafo primero, art. 1).

¹⁶ En ocasiones se ha argumentado, con base en ciertos preceptos del convenio tales como los artículos 7.1 y 10.5, que la legislación sobre transparencia fiscal internacional está en conflicto con dichos preceptos. Estos argumentos no son consistentes (comentario 23, párrafo segundo). El comentario 10.1 al artículo 7 no encuentra incompatibilidad entre lo previsto en dicho precepto y la transparencia fiscal internacional porque «[...] el propósito del párrafo 1 (del artículo 7) es establecer límites al derecho de un Estado contratante a gravar los beneficios de las empresas que residen en el otro Estado contratante. El párrafo no limita el derecho del Estado contratante a gravar a sus propios residentes bajo la legislación sobre transparencia fiscal internacional incluso aunque tal tributación impuesta sobre esos residentes pueda ser calculada por referencia a la parte de los beneficios de una empresa que es residente en el otro Estado contratante la cual es atribuible a la participación de estos residentes en esa empresa. La tributación así exigida por un Estado sobre sus propios residentes no reduce los beneficios de la empresa del otro Estado y no puede, en consecuencia, considerarse que ha gravado tales beneficios [...]». (Tras la versión del Modelo de Convenio de 2010 el comentario precedente no ha sido modificado, si bien lleva el número 14).

¹⁷ El comentario 37 al artículo 10 establece que «[...] podría argumentarse que en el caso en que el país de residencia del contribuyente, aplicando la legislación sobre transparencia fiscal internacional u otras normas con similar efecto

- Si el convenio bilateral para eliminar la doble imposición establece el método de exención respecto de los dividendos, a los efectos de eliminar la doble imposición económica, podría tener fundamento la alegación de que la transparencia fiscal internacional frustra la aplicación de ese método¹⁸.
- Debieran reconocerse, como créditos de impuesto, los que han gravado la renta imputada¹⁹.
- No es necesario especificar en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición que las normas sobre transparencia fiscal internacional son aplicables²⁰. Algunos convenios suscritos por España contienen esa especificación, pero ello no fundamentaría un argumento de rechazo de la transparencia fiscal internacional en relación con los convenios que no la contuvieran.

busca gravar los beneficios que no han sido distribuidos, está actuado contra lo previsto en el apartado 5 (del artículo 10). Sin embargo, debería notarse que tal apartado regula exclusivamente la tributación en la fuente y, en consecuencia, no tiene efecto en relación con la tributación en residencia bajo tal legislación. Además, el apartado en cuestión se refiere solo a la tributación de la compañía y no a la del socio [...].

- ¹⁸ El comentario 38 al artículo 10 se refiere a la compatibilidad entre la exención de dividendos de fuente extranjera y la transparencia fiscal internacional, y establece que «[...] la aplicación de tal legislación (transparencia fiscal internacional) puede, sin embargo, complicar la aplicación del artículo 23 (métodos para la eliminación de la doble imposición). Si la renta fuera atribuida al contribuyente cada parte de la misma tendría que ser tratada bajo la correspondiente disposición del convenio (renta de empresa, intereses, cánones). Si el importe es tratado como un presunto dividendo, entonces, dicho dividendo claramente deriva de la base imponible de la compañía, constituyendo de esta manera renta del país de la compañía. Incluso en ese caso no es en modo alguno claro si el importe gravable tiene que ser considerado como dividendo en el sentido del artículo 10 o como a otra renta en el sentido del artículo 21. Bajo la transparencia fiscal internacional el importe gravable es tratado como un dividendo con el resultado de que una exención establecida por el convenio, como por ejemplo, la exención-participación, es también aplicable a ella. Es dudoso si el convenio obliga a tal exención. Si el país de residencia considera que no es así, podría enfrentarse con la alegación de que gravando el dividendo anticipadamente está obstruyendo la aplicación de la exención-participación [...].»
- ¹⁹ El comentario 39 al artículo 10 aborda la cuestión del tratamiento que corresponde al dividendo distribuido por la entidad no residente. Parece claro que el país de la fuente puede sujetar el dividendo a retención porque «[...] existe un dividendo en el sentido del convenio [...]». Por su parte, el país de la residencia «[...] aplicará los métodos normales para eliminar la doble imposición (exención o imputación). Esto implica que la retención en la fuente debería ser admitida como crédito de impuesto por el país de la residencia, incluso si el beneficio distribuido ha sido gravado años antes bajo las normas sobre transparencia fiscal internacional [...]». Sobre esta conclusión general, el comentario apunta que cuando el ejercicio del dividendo y el de la tributación en transparencia fiscal internacional no es el mismo, podría ser dudoso que el país de residencia tuviera que admitir la retención en la fuente como crédito de impuesto, porque podría alegarse que, puesto que el dividendo no se grava como tal (ya se ha gravado antes en virtud de la transparencia fiscal internacional), «[...] no existe base para el crédito [...]». Ahora bien, el comentario, a su vez, rebate tal posición porque «[...] el propósito del convenio quedaría frustrado si el crédito de impuesto fuera eludido a causa de la anticipación del impuesto derivada de la transparencia fiscal internacional. Por tanto, como principio general, el crédito debería ser otorgado [...] si bien, los contribuyentes que recurren a negocios artificiales están tomando riesgos contra los que no puedan ser salvaguardados absolutamente por las autoridades fiscales [...]».
- ²⁰ Aunque algunos países han entendido útil clarificar expresamente en sus convenios que la transparencia fiscal internacional no entra en conflicto con los mismos, tal clarificación no es necesaria. Es reconocido que la legislación sobre la transparencia fiscal internacional no es contraria a los convenios (comentario 23, párrafo tercero, art. 1).

- La transparencia fiscal internacional no debería ser aplicada cuando la renta afectada soporta una tributación similar a la que soportaría en sede del contribuyente²¹.
- No existe una lista de rentas idóneas para estar sujetas a transparencia fiscal internacional, ni tampoco de rentas que debieran quedar excluidas de la misma, aun cuando en los comentarios de 1992 se indicaba que las de carácter empresarial no eran aptas. En el informe final de la Acción 3 del proyecto BEPS, aun cuando no se rechaza la imputación de la totalidad de la renta, es lo cierto que se efectúa un análisis de la renta susceptible de imputación dividido en tres categorías, en las cuales las rentas derivadas de actividades empresariales ordinarias no aparecen descritas.

En el informe final de la Acción 6 del proyecto BEPS, se aborda la cuestión de la relación entre los convenios bilaterales para evitar la doble imposición y la transparencia fiscal internacional, proponiendo a tal efecto la inclusión de un nuevo texto en los comentarios al artículo 1 del Modelo de Convenio, del que cabe destacar una idea que ya estaba presente en los comentarios sobre la materia incorporados en 1992, a saber, que la transparencia fiscal internacional versa sobre hechos imponible que afectan a los residentes.

Este es un argumento importante, por cuanto respecto de esos hechos imponibles el otro Estado contratante carece de competencias, pero no es un argumento dirimente, porque ese Estado sí puede tener interés en proteger las inversiones que en el mismo realizan los residentes del otro Estado contratante a través del establecimiento de entidades filiales, y un aspecto de esa protección es que las rentas obtenidas por las mismas no estén afectadas por la transparencia fiscal internacional.

La posición de la OCDE favorable a la compatibilidad entre los dos conjuntos normativos ha quedado ratificada en el texto que, en el informe final de la Acción 6, se propone incluir en el cuerpo de los comentarios al Modelo de Convenio, el cual viene a ser una síntesis de los criterios precedentes²².

²¹ Como regla general, las normas sobre transparencia fiscal internacional no deberían ser aplicadas en el caso en que la correspondiente renta ha estado sujeta a un gravamen comparable a aquel en el que reside el contribuyente (comentario 26, párrafo segundo, art. 1).

²² «Un número significativo de países ha adoptado una normativa en materia de transparencia fiscal internacional –CFC– para combatir el uso de sociedades extranjeras controladas. Aunque el contenido de cada normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC–, hoy en día considerada en el ámbito internacional como un instrumento legítimo para proteger la base imponible nacional, varía considerablemente en función del país, todas ellas comparten un rasgo común, y es que permiten que un Estado contratante grave a sus residentes por la renta atribuible a su participación en determinadas entidades extranjeras. A veces se ha argumentado, basándose en cierta interpretación de determinadas disposiciones del Convenio como el apartado 1 del artículo 7 y el apartado 5 del artículo 10, que el citado rasgo común de las normativas sobre transparencia fiscal internacional –CFC– es contrario a dichas disposiciones. Sin embargo, puesto que este tipo de normativa da lugar a que un Estado grave a sus propios residentes, el apartado 3 del artículo 1 confirma que no contraviene los convenios. Se puede llegar a esta misma conclusión respecto de los convenios que no integren una cláusula similar a la del apartado 3 del artículo 1; por las razones explicadas en los párrafos 14 del Comentario al artículo 7 y 37 del Comentario al artículo 10, la interpretación según la cual estos artículos impedirían

Bien se comprende que la compatibilidad de la transparencia fiscal internacional con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición es crucial para la implantación pacífica de los artículos 7 y 8 de la directiva antiabuso. La primacía del ordenamiento comunitario resolvería, ciertamente, cualquier fricción que pudiera presentarse en las relaciones entre Estados miembros, pero no en las relaciones entre Estados miembros y Estados terceros, de manera tal que, ante una eventual incompatibilidad, no habría otra salida que la renegociación.

De aquí la importancia de los comentarios al Modelo de Convenio favorables a la compatibilidad.

Ciertamente, la regulación contenida en la directiva antiabuso, centrada en rentas asociadas a una irregularidad (letra b), o en rentas de carácter pasivo, u obtenidas con infracción de las normas sobre precios de transferencia (letra a), ayuda a sostener la compatibilidad. El mismo papel juega la cláusula de actividad, cuya extensión a los países con convenio sería una medida prudente que, aunque no exigida por la directiva, cabe perfectamente en el tenor literal de las dos reglas que regulan dicha cláusula.

Resta un aspecto incierto, a saber, la aplicación de la transparencia fiscal internacional en relación con un convenio bilateral que exima los dividendos. El último párrafo del informe final de la Acción 3 del proyecto BEPS, relativo a la transparencia fiscal internacional, no es nada alentador²³.

Este párrafo final puede ser entendido bien como la confirmación de que el método de exención rechaza la aplicación de la transparencia fiscal internacional o, simplemente, como una indicación de la conveniencia de que la renta imputable no se califique a modo de beneficio sino, más bien, en atención a su naturaleza o, cuando menos, a modo de categoría específica de renta, por cuanto así quedaría salvada la confrontación, al menos formalmente.

Los artículos 7 y 8 de la directiva antiabuso no abordan esta delicada cuestión. Los Estados miembros podrán, por consiguiente, adoptar el criterio que estimen pertinente. Ciertamente, a costa de padecer, más aún si cabe, la finalidad propia de la armonización.

Un caso, ampliamente difundido, de la relación entre los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional y la transparencia fiscal internacional lo proporcionó la sentencia Schneider (2002) del Consejo de Estado francés, la cual apreció, en relación con el artículo 209

la aplicación de la normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no es conforme al texto del apartado 1 del artículo 7 y el apartado 5 del artículo 10. Tampoco puede mantenerse esta interpretación cuando se leen estas disposiciones en su contexto. Por ello, aunque algunos países hayan considerado que es útil precisar expresamente en sus convenios que la normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no es contraria al Convenio, dicha precisión es innecesaria. Se reconoce que la normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC– que presenta esta configuración no contraviene las disposiciones del Convenio (nuevo comentario al art. 1)».

²³ «Los Estados deberían, por ello, revisar cuidadosamente las correspondientes normas de los convenios fiscales al diseñar las normas CFC a los efectos de garantizar que no están inopinadamente obligados a aplicar el método de exención a las rentas que ellos desean gravar bajo las normas CFC».

B del Code, relativo a la transparencia fiscal internacional francesa, la existencia de incompatibilidad. La nueva redacción de la normativa sobre transparencia fiscal internacional (2005), sobre la base de modificar la calificación de la renta imputable y la incorporación de la cláusula de escape de actividad económica, así como de la prueba de estructura artificiosa, distribuida entre la administración fiscal y el contribuyente según la naturaleza, cooperativa o no, de la jurisdicción fiscal concernida, parece haber superado la incompatibilidad, a tenor de ulteriores sentencias²⁴.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo italiano de 16 de diciembre de 2015 ha confirmado la compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional italianas con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, y con el ordenamiento comunitario, sobre la base de tomar en consideración la cláusula de actividad y la no desviación de rentas hacia entidades localizadas en jurisdicciones fiscales incursas en la lista negra²⁵.

3.9. RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

La relación entre el ordenamiento comunitario y la transparencia fiscal internacional está recogida en la Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, del Tribunal de Justicia²⁶. La sentencia despliega un conjunto de argumentos que pueden resumirse de la siguiente manera:

- La constitución de una entidad filial en otro Estado miembro para disfrutar de un régimen fiscal ventajoso no implica, necesariamente, un abuso de la libertad de establecimiento²⁷.
- La transparencia fiscal internacional trata peor a las entidades filiales no residentes por comparación con las residentes²⁸.

²⁴ GAOUA, N. y RIBEIRO, A.: «French CFC Legislation: An Illustration of Recovery from a "Tax Treaty Override" Situation», *European Taxation*, núm. 9, vol. 53, 2013.

²⁵ AVELLA, F. y MOLLICA, V.: «Italian Supreme Court Holds CFC Rules Are Compatible with EU Law and Tax Treaties», *European Taxation*, núm. 7, vol. 56, 2016.

²⁶ Asunto C-196/04 (NFJ023535): «Los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la inclusión en la base imponible de una sociedad residente establecida en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado, a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado. Por consiguiente, la aplicación de esa medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros, que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada sociedad controlada está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas».

²⁷ «37. Por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que la circunstancia de que la sociedad se haya constituido en un Estado miembro con la finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable no es, por sí sola, suficiente para llegar a la conclusión de que existe un uso abusivo de dicha libertad [...]».

²⁸ «44. En efecto, cuando la sociedad residente haya constituido una SEC en un Estado miembro en el que esta esté sujeta a un nivel de tributación inferior en el sentido de la legislación sobre las SEC, los beneficios obtenidos por dicha

- Esa diferencia de trato determina una restricción a la libertad de establecimiento²⁹.
- La restricción está justificada, en la medida en que la transparencia fiscal internacional esté diseñada para superar los efectos derivados de los montajes puramente artificiales con finalidad de fraude o evasión fiscal³⁰.
- La constatación de la existencia de un montaje artificial debe realizarse mediante el examen de las circunstancias concurrentes. Debe descartarse la existencia de un montaje artificial cuando la entidad controlada se halle implantada en el Estado miembro de su residencia, de manera tal que realice actividades económicas efectivas³¹.
- A tal efecto, deben tomarse en consideración los medios humanos y materiales de los que disponga la entidad³².

sociedad controlada se atribuyen, en virtud de dicha legislación, a la sociedad residente, que tributa por esos beneficios. En cambio, cuando la sociedad controlada se haya constituido y tribute en el Reino Unido o en un Estado en el que no esté sujeta a un nivel de tributación inferior en el sentido de la citada legislación, esta última no es aplicable y, conforme a la legislación del Reino Unido relativa al impuesto de sociedades, la sociedad residente no tributa, en tales circunstancias, por los beneficios de la sociedad controlada».

- ²⁹ «46. Como alegan las demandantes en el asunto principal, Irlanda y la Comisión de las Comunidades Europeas, el distinto trato fiscal derivado de la legislación sobre las SEC y la desventaja de ello resultante para las sociedades residentes que disponen de una filial sujeta, en otro Estado miembro, a un nivel de tributación inferior pueden obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento por dichas sociedades, disuadiéndolas de crear, adquirir o mantener una filial en un Estado miembro en el que esta se encuentra sujeta a tal nivel de tributación. Constituyen así una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido de los artículos 43 CE y 48 CE».
- ³⁰ «54. Habida cuenta de este objetivo de integración en el Estado miembro de acogida, el concepto de establecimiento, en el sentido de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento, implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en dicho Estado por una duración indeterminada [...] Por consiguiente, supone una implantación real de la sociedad de que se trate en el Estado miembro de acogida y el ejercicio de una actividad económica efectiva en este.
55. De ello se deduce que para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional».
- ³¹ «64. La constatación de la existencia de tal montaje exige en efecto, además de un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener una ventaja fiscal, que resulte de elementos objetivos que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por el Derecho comunitario, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento, tal y como aparece recogido en los apartados 54 y 55 de la presente sentencia [...].
65. En estas circunstancias, para que la legislación sobre las SEC sea conforme al Derecho comunitario, la aplicación del régimen de tributación previsto por la citada legislación debe quedar descartada cuando, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la constitución de una SEC responda a una realidad económica.
66. Dicha constitución ha de corresponderse con una implantación real que tenga por objeto la realización de actividades económicas efectivas en el Estado miembro de acogida, como se desprende de la jurisprudencia recordada en los apartados 52 a 54 de la presente sentencia».
- ³² «67. Como sugirieron el Gobierno del Reino Unido y la Comisión en la vista, dicha constatación debe basarse en elementos objetivos y verificables por terceros relativos, en particular, al nivel de existencia física de la SEC por lo que a locales, personal y equipos se refiere.

- En todo caso, debe ofrecerse al contribuyente de la transparencia fiscal internacional la posibilidad de probar que la entidad controlada realiza actividades económicas³³.

El núcleo del razonamiento del Tribunal de Justicia concerniente a la justificación de la transparencia fiscal internacional reside en la realización de actividades económicas, las cuales se manifiestan a través de locales, personal y equipos.

En el segundo párrafo del considerando 12) de la directiva antiabuso, se indica que *para respetar las libertades fundamentales, conviene combinar las categorías de rentas previstas con una exclusión sustancial destinada a limitar, dentro de la Unión, el impacto de las normas a los casos en que la SEC de que se trate no realice una actividad económica de importancia*.

La directiva antiabuso confía a la cláusula de actividad, esto es, a la inaplicación de la imputación respecto de la renta obtenida en el curso de la realización de actividades económicas substanciales, la adecuación de la transparencia fiscal internacional al ordenamiento comunitario.

La cláusula de actividad, de aplicación obligatoria en el ámbito de la Unión Europea en relación con las rentas de la letra a), responde perfectamente al tenor de la sentencia *Cadbury Schweppes*, asunto C-196/04 (NFJ023535), sin que su no aplicación a las rentas de la letra b) deba causar incomodidad alguna, habida cuenta que las mismas derivan de mecanismos falseados.

La transparencia fiscal internacional española no se aplica, en relación con el ámbito de la Unión Europea, cuando el contribuyente acredite que la constitución de la entidad no residente obedece a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas (art. 100.16 Ley 27/2014).

Como quiera que la libertad afectada sea la de establecimiento, la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia debe ser tomada en consideración cuando la entidad controlada resida o el establecimiento permanente se halle ubicado, respectivamente, en un Estado miembro, pero no en un Estado tercero. Con todo, lo aconsejable es extender la cláusula de actividad, respecto de rentas de la letra a), cuando medie un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, para evitar roces con el principio de no discriminación.

68. Si de la verificación de tales elementos se dedujese que la SEC constituye una implantación ficticia que no ejerce ninguna actividad económica efectiva en el territorio del Estado miembro de acogida, debería considerarse que la creación de dicha SEC tiene el carácter de un montaje puramente artificial. Así podría suceder, en particular, en el caso de una filial "fantasma" o "pantalla" [...].

69. En cambio, como ha señalado el Abogado General en el punto 103 de sus conclusiones, la circunstancia de que las actividades correspondientes a los beneficios de la SEC podrían además haber sido realizadas por una sociedad establecida en el territorio del Estado miembro en el que se encuentra implantada la sociedad residente no puede permitir llegar a la conclusión de que existe un montaje puramente artificial».

³³ «70. Debe ofrecerse a la sociedad residente, que es la mejor situada al efecto, la posibilidad de aportar elementos relativos a la realidad de la implantación de la SEC y al carácter efectivo de las actividades de esta».

3.10. MODIFICACIONES DE LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL QUE DEBERÁ ACOMETER EL LEGISLADOR ESPAÑOL

Seguidamente se efectúa un esbozo, bajo la hipótesis de que el legislador español desee mantener el nivel de protección actual. No se abordan, por tanto, las materias en las que no será preciso efectuar modificación alguna como son, básicamente, las concernientes al control, al régimen fiscal privilegiado y a la liquidación de la transparencia fiscal internacional.

3.10.1. Rentas afectadas

Aun cuando se puede trazar una correspondencia bastante ajustada entre las rentas tipificadas en el artículo 7.2 a) de la directiva antiabuso y las tipificadas en el artículo 100.3 de la Ley 27/2014, hay algunas divergencias entre los dos elencos que el legislador español habrá de superar. En este sentido, deberá:

- Incorporar las rentas del arrendamiento financiero.
- Incorporar las rentas procedentes de actividades de seguros, actividades bancarias u otras actividades financieras.
- Incorporar las rentas derivadas de operaciones vinculadas en las que la entidad no residente añada escaso valor.
- Suprimir las normas que permiten la exclusión de ciertos dividendos e intereses.

Por el contrario, la renta del artículo 7.2 b) de la directiva antiabuso no estará obligado a incorporarla, por cuanto la misma tiene carácter alternativo respecto de la renta tipificada en la letra a), siendo esta última la que mejor se aviene a los criterios tradicionales de la transparencia fiscal internacional española.

Así pues, el elenco de las rentas tipificadas está llamado a aumentar significativamente.

Sin embargo, no es de esperar que el legislador español sujete a la transparencia fiscal internacional las rentas de las entidades de crédito, aseguradoras y financieras, pues uno de los designios del legislador de la Ley 42/1994, respetado por el de la Ley 27/2014, fue no afectar a las rentas derivadas de actividades empresariales. Lo propio cabe decir en relación con las rentas del arrendamiento financiero pues, por lo común, se obtienen en el curso de la realización de actividades económicas. La solución técnica consistirá, probablemente, en incorporar, en toda su amplitud, la cláusula de actividad económica.

El espectro de los dividendos afectados se ensanchará tras la transposición, puesto que la directiva antiabuso no contiene ninguna excepción respecto de los mismos, en tanto que la Ley

27/2014 excluye de la imputación a aquellos en los que concurre una nota empresarial (art. 100.3 b) 1.º, 3.º y 4.º) o que derivan de una participación significativa (art. 100.4). Los de matiz empresarial podrán ser recortados por la cláusula de actividad económica, y también los que derivan de una participación significativa mantenida con la finalidad de dirigir y gestionar las actividades de la entidad participada, según quedó expuesto en el apartado correspondiente al análisis de la cláusula de actividad, lo que supone una implicación en las actividades de la entidad participada que rebasa la mera finalidad de *dirigir y gestionar la participación* del artículo 100.4 de la Ley 27/2014, de manera tal que, en este punto, la directiva antiabuso es más exigente que la transparencia fiscal internacional española.

No obstante, el efecto práctico de esa mayor exigencia, a la que deberá atender el legislador español en su tarea de transposición carecerá, por lo general, de efectos prácticos, habida cuenta del juego conjunto de la regla de determinación del importe de la renta de acuerdo con las normas del impuesto sobre sociedades que recae sobre el contribuyente y de la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014.

Con los intereses acontece algo similar, pues la directiva antiabuso no contiene excepción alguna, en tanto que la Ley 27/2014 excluye de la imputación a los derivados de operaciones de financiación intragrupo de actividades empresariales realizadas por entidades no residentes en territorio español. Una vez más la cláusula de actividad económica podría ser el remedio.

En cuanto a las rentas derivadas de operaciones vinculadas, la mayor parte de los supuestos estarán comprendidos en el artículo 100.2, mas como quiera que su párrafo tercero, relativo a la idoneidad sanadora de los medios humanos y materiales de otra entidad no residente en territorio español perteneciente al mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, lo debilita inopinadamente, en relación con este tipo de renta habrá de producirse una nueva tipificación. No obstante, se trata de un supuesto absolutamente residual, por cuanto la aplicación del principio de libre concurrencia del artículo 18 de la Ley 27/2014 es la vía preferente para sujetar a tributación estas rentas.

3.10.2. Las cláusulas de escape

Todas las cláusulas de escape tienen carácter optativo. Los Estados miembros pueden transponerlas, o no. Sin embargo aquellos que tipifiquen las rentas de la letra a), necesariamente deberán incorporar la denominada cláusula de actividad económica, anteriormente comentada, respecto de las entidades controladas residentes en algún EEE.

El artículo 100.16 de la Ley 27/2014 contiene una norma semejante a la cláusula de actividad económica, pero la proyecta solamente respecto de los Estados miembros de la Unión Europea. Por otra parte, en orden a impedir la imputación, dicha norma exige, además de la demostración de la realización de actividades económicas, la acreditación de motivos económicos válidos. Esta exigencia podría ser contraria a la doctrina que se desprende de *Cadbury Schweppes*.

3.10.3. La inversión colectiva

Debido a las normas que regulan la actividad de las instituciones de inversión colectiva, es improbable que puedan ser contribuyentes de la transparencia fiscal internacional. Igualmente debido a esas normas, es improbable que puedan ser consideradas como entidades no residentes controladas. En efecto, ni la institución de inversión colectiva es apta para controlar ni para ser controlada. Sin embargo, no pueden descartarse absolutamente tales casos.

Respecto de los mismos cabe indicar, en el ámbito de la legislación española, que se aplicarán preferentemente las normas concernientes a la tributación de las instituciones de inversión colectiva y de sus socios o partícipes (capítulo V del título VII Ley 27/2014), de manera tal que solamente cabrá, en su caso, la imputación en régimen de transparencia fiscal internacional en relación con la participación en instituciones de inversión colectiva extranjeras no comunitarias (art. 100.16 Ley 27/2014).

Dicho esto, debe repararse, de una parte, en que los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva en cualquier momento pueden disponer de las rentas acumuladas en sede de las mismas, exigiendo el reembolso de su participación y, de otra, que las instituciones de inversión colectiva, de ordinario, o no están sujetas a tributación o lo están de manera simbólica.

Si uno de los objetivos de la transparencia fiscal internacional, tal vez el original, es evitar el diferimiento inmoderado en la tributación de las rentas del capital, es claro que los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva debieran tributar por el sistema de imputación.

En España, desde 1952, las instituciones de inversión colectiva han disfrutado de exención o de una tributación simbólica, actualmente al 1 % (art. 29.4 Ley 27/2014), en tanto que sus socios o partícipes tributan cuando decidan reembolsar la participación (título VII del capítulo V Ley 27/2014; título X, sección 6.ª, Ley 35/2006). Este régimen fiscal procura un diferimiento indefinido de la tributación de las rentas del capital obtenidas por las instituciones de inversión colectiva que, en la práctica, aprovechan con mayor intensidad los titulares de los grandes patrimonios.

La directiva antiabuso no entra en esta materia. Por tanto, con ocasión de su transposición, ninguna modificación deberá acometer el legislador fiscal. Sin embargo, es claro que la filosofía que subyace a la transparencia fiscal internacional choca, de frente, con el régimen actualmente vigente en España, no de las instituciones de inversión colectiva, ya que en cuanto estructuras fiduciarias es correcta su tributación simbólica por el impuesto sobre sociedades, sino de sus socios o partícipes.

4. CONCLUSIONES

- **Primera.** La armonización de la transparencia fiscal internacional constituye un éxito político de la Comisión, ya que se trata de una materia delicada respecto

de la que los Estados miembros han venido manteniendo puntos de vista diferentes³⁴.

- **Segunda.** La unanimidad de los Estados miembros para la implantación de la transparencia fiscal internacional solo puede explicarse, dejando de lado la presión de la opinión pública, porque tal y como ha quedado configurada, en particular considerando la tipificación de las rentas afectadas y las cláusulas de escape, permitirá a los más renuentes, como pueden ser Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, establecer una normativa muy poco exigente, de manera tal que las entidades que se implanten en los mismos no quedarán efectivamente afectadas, en cuanto contribuyentes. En este sentido, la materialidad de la función armonizadora ha quedado desmerecida³⁵.
- **Tercera.** La piedra de toque de la fortaleza de la transparencia fiscal internacional que establezcan los distintos Estados miembros radica en la elección de la renta afectada y en la cláusula de actividad. La renta de la letra b) se sitúa, realmente, extramuros de la transparencia fiscal internacional. La renta de la letra a) sí es propia de la transparencia fiscal internacional, pero si bajo el concepto de actividad económica de importancia caben las de tipo *holding*, tenencia de intangibles, gestión de activos financieros, prestación de servicios de apoyo a la gestión para las entidades del grupo y asimiladas, a poco que medie una incipiente organización, la transparencia fiscal internacional quedará muy diluida. Tanto o más importante que los diferentes textos legislativos será la forma en cómo las distintas administraciones fiscales los apliquen.
- **Cuarta.** La eficacia de la transparencia fiscal internacional quedará menguada si no puede aplicarse frente a los Estados terceros con los que medie un convenio bilateral para eliminar la doble imposición que contenga el método de exención de dividendos.
- **Quinta.** En términos generales, la transparencia fiscal internacional española responde a las rentas tipificadas en la letra a), de manera tal que la transposición al ordenamiento interno no obligará a modificaciones de calado.

³⁴ RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *European Taxation*, núm. 11, vol. 56, 2016.

³⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M.: La aprobación por el Ecofin de la directiva UE frente a la elusión fiscal del Impuesto sobre Sociedades. «[...] la directiva ATAD no termina de cumplir uno de sus principales objetivos [...] ya que cada Estado miembro puede graduar de forma sustantiva el alcance del principal instrumento anti-elusión fiscal que establece la Directiva [...]».

sición, se considera que no son residentes en el Estado miembro concernido, por estar sujetas en el mismo al impuesto sobre sociedades *exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado*.

Por el contrario, la directiva antiabuso no es aplicable a las entidades sujetas a un régimen de transparencia fiscal interno, no ya porque sea dudosa la sujeción de las mismas al impuesto sobre sociedades, sino porque en las consideraciones preliminares de aquella se advierte que *no es deseable ampliar el ámbito de aplicación de la presente directiva a tipos de entidades no sujetos al impuesto sobre sociedades en un Estado miembro; esto es, en particular a las sociedades transparentes*.

Sin embargo, el objeto y finalidad de la directiva antiabuso aconsejaba extender su ámbito de aplicación a la totalidad de las entidades jurídicas, incluso si tributasen en régimen de transparencia fiscal interno, sin perjuicio de que el efecto de sus mandatos se proyectase sobre los socios, de acuerdo con la técnica de la transparencia fiscal interna. Es más, aconsejaba incluso un ámbito más amplio, al menos en relación con ciertas medidas, como la transparencia fiscal internacional.

Las normas de la directiva antiabuso también se aplicarán a las entidades residentes en Estados terceros, por razón de los establecimientos permanentes que pudieran tener en algún Estado miembro.

La directiva antiabuso no contiene una definición de establecimiento permanente, por lo que habrá de estarse a lo previsto en el convenio bilateral para eliminar la doble imposición que resulte aplicable y, en su defecto, a la legislación interna. En este punto debe recordarse la recomendación a los Estados miembros de que adapten su legislación sobre los establecimientos permanentes a los criterios de la OCDE, tal y como están explicitados en el informe final de la Acción 7 del proyecto BEPS².

1.2. INCIDENCIA EN EL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES Y EN EL IRNR

En consecuencia, la directiva antiabuso será aplicable a todos los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, regulado por la Ley 27/2014, a excepción de:

- Las entidades que tributen en el régimen especial de las agrupaciones de interés económico, españolas y europeas, en cuanto proceda la aplicación del régimen de transparencia fiscal (arts. 43 y 44 Ley 27/2014).

² Recomendación de la Comisión a los Estados miembros, sobre la implementación de medidas antiabuso en los convenios para eliminar la doble imposición (COM (2016) 27 final).

- Las uniones temporales de empresas, en cuanto proceda la aplicación del régimen de transparencia fiscal (art. 45 Ley 27/2014).
- Las entidades en régimen de atribución de rentas (art. 6 Ley 27/2014).

No obstante, el legislador español podrá decidir transponer la directiva antiabuso también respecto de estas entidades, por cuanto la misma establece, como seguidamente se comenta, un *nivel mínimo de protección* (art. 3), de manera tal que los Estados miembros podrán establecer normas más ambiciosas en cuanto a su ámbito de aplicación subjetivo.

La directiva antiabuso también será aplicable a los establecimientos permanentes, sujetos al impuesto sobre la renta de los no residentes (IRNR), lo que está en línea con la formación de la base imponible de los mismos de acuerdo con las normas del impuesto sobre sociedades (art. 18 TRLIRNR).

2. LA PROTECCIÓN MÍNIMA

Los Estados miembros de la Unión Europea han contemplado, y todavía contemplan, la imposición sobre los beneficios de manera diferente.

En efecto, un ramillete de ellos ha visto en este tributo un instrumento para atraer el establecimiento de entidades jurídicas de grupos multinacionales. La investigación de la Comisión relativa a las ayudas de Estado que pivotan sobre acuerdos previos en materia de precios de transferencia es suficientemente reveladora³. Estos países han debido contemplar la directiva antiabuso con reticencias pues, en alguna medida, cercena su libertad de configuración del impuesto sobre sociedades con la finalidad instrumental aludida. Por esta razón, para alcanzar la preceptiva unanimidad, se puede intuir que haya sido necesario rebajar el perfil de las normas contenidas en la directiva antiabuso, lo que se percibe, particularmente, en la transparencia fiscal internacional.

Ahora bien, ello no obligará a los Estados miembros especialmente sensibilizados por la evasión fiscal a morigerar la intensidad de las normas que tengan establecidas o que pretendan establecer en relación con las materias abordadas por la directiva antiabuso, por cuanto la misma *no será óbice para la aplicación de disposiciones nacionales o consensuadas dirigidas a salvaguardar un nivel de protección más elevado de las bases imponibles nacionales del impuesto sobre sociedades* (art. 3).

Subyace bajo este precepto la dualidad de posiciones de los Estados miembros frente a la imposición sobre los beneficios, y es expresión del compromiso alcanzado.

³ *Commission Notice on the notion of State Aid as referred to in Article 107. DG Competition –Internal Working Paper– Background to the High Level Forum on State Aid of 3 June 2016.*

Ese mismo sentido, aunque en tono menor, cabe atribuir a la regla de entrada en vigor de la norma concerniente a la limitación de intereses, la cual puede ser demorada hasta 1 de enero de 2024 por *aquellos Estados miembros que tengan normas nacionales específicas para impedir los riesgos en materia de BEPS en la fecha de 8 de agosto de 2016, que sean igualmente eficaces a efectos de la norma de limitación de intereses.*

La directiva antiabuso no es, pues, portadora de una armonización plena de las materias reguladas por la misma, sino de una de carácter mínimo⁴.

3. LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

La transparencia fiscal internacional puede ser descrita como una técnica tributaria que consiste en imputar a los socios de una entidad, residente en una jurisdicción distinta, las rentas no distribuidas obtenidas por la misma.

Las primeras normas sobre transparencia fiscal internacional aparecieron en Australia a fines de la década de los treinta del pasado siglo, pero su auge se debe a la administración Kennedy⁵. En España se establecieron mediante la Ley 42/1994, pasando posteriormente a la Ley 43/1995, del Impuesto sobre Sociedades, y a su texto refundido. La Ley 27/2014, del Impuesto sobre Sociedades, ha recogido y ampliado la regulación inicial.

La esencia de la transparencia fiscal internacional es la imputación de un beneficio no distribuido.

La imputación puede referirse a la totalidad de la renta o a ciertas categorías de renta y, generalmente, solo se produce cuando la entidad no residente participada está controlada por

⁴ LÓPEZ RIBAS, S.: «Directiva contra las prácticas de elusión fiscal», *Carta Tributaria*, núms. 17-18, 2016.

⁵ En la presentación ante el Congreso de las normas sobre transparencia fiscal internacional propuestas por la Administración Kennedy, el secretario del Tesoro pronunció las siguientes palabras:

«[...] El propósito de la neutralidad es promover la equidad y la más eficiente colocación de los recursos existentes. Idealmente los tipos de tributación sobre las empresas deberían ser en todas partes los mismos, si asumimos servicios públicos equivalentes. Nosotros no podemos controlar los tipos de los impuestos extranjeros y el hecho de que los mismos puedan contribuir a injusticias. Pero nosotros podemos evitar que la estructura fiscal americana contribuya a la canalización de recursos hacia zonas de baja presión fiscal, gravando la renta de nuestras filiales en el extranjero a los mismos tipos que son aplicables a la renta ganada en casa [...] con el actual privilegio de diferimiento una empresa americana contemplando una nueva inversión y encontrado costes y condiciones de mercado comparables en casa y fuera es empujada hacia la inversión exterior [...] yo pienso que razones de equidad fiscal así como razones de política económica claramente dictan que en caso de inversiones en otros países industrializados debería darse prioridad a la neutralidad fiscal en la elección entre inversión interior y exterior [...]» (Informe del Tesoro).

los llamados a soportar la imputación o por ellos y personas vinculadas con ellos, y sujeta a una imposición débil.

La transparencia fiscal internacional es susceptible de diversas configuraciones, según cuál sea la finalidad que el legislador pretenda conseguir mediante ella.

Si pretende igualar la tributación de las inversiones internas y extranjeras realizadas a través de entidades filiales, recaerá sobre la totalidad de la renta. Si pretende evitar que los activos móviles se sitúen en jurisdicciones fiscales de conveniencia, recaerá exclusivamente sobre las rentas del capital o pasivas, esto es, no derivadas de la realización de actividades empresariales. En fin, si pretende frustrar las operaciones de desviación de rentas hacia entidades fiscalmente privilegiadas, recaerá sobre las rentas derivadas de operaciones que, considerando la estructura de medios humanos y materiales de la entidad no residente, han sido asignadas a la misma artificiosamente.

En el contexto del proyecto BEPS, la transparencia fiscal internacional juega el papel de sujetar a tributación las rentas de activos ubicados por los grupos multinacionales en sede de entidades controladas que disfrutan de un régimen fiscal privilegiado, o las rentas desviadas hacia este tipo de entidades que hayan logrado burlar las normas antiabuso cuyo papel es cegar los cauces por donde transitan dichas rentas desviadas.

Llevada hasta el límite, la transparencia fiscal internacional confluiría con la tributación de la entidad dominante sobre una base consolidada. Sin embargo, la transparencia fiscal internacional establecida en los distintos países se suele detener en el umbral de las rentas derivadas de actividades económicas.

En fin, el hecho de que la transparencia fiscal internacional haya recalado en el informe final de la Acción 3 del proyecto BEPS, y en la directiva antiabuso, no debería suscitar la idea de que toda constitución de una entidad residente en el extranjero y sujeta a una fiscalidad benévola implica una acción abusiva⁶.

En todas las configuraciones cabe distinguir cinco vectores fundamentales:

- La naturaleza de la entidad no residente.
- Los contribuyentes.
- El control sobre la entidad no residente.
- El régimen fiscal al que se sujeta la entidad no residente.
- La tipología de las rentas afectadas.

⁶ NOCETE CORREA, F. J.: «¿Es posible una planificación fiscal lícita y socialmente responsable en la UE?», *Quincena Fiscal*, núm. 5, 2016.

3.1. LA NATURALEZA DE LA ENTIDAD NO RESIDENTE O SOCIEDAD EXTRANJERA

El artículo 7.1 establece que *el Estado miembro de un contribuyente considerará una entidad o un establecimiento permanente cuyos beneficios no estén sometidos a imposición o estén exentos de imposición en dicho Estado, como sociedad extranjera*, cuando se cumpla un conjunto de condiciones relativas al control y a la naturaleza de las rentas obtenidas.

En ese texto cabe toda clase de entidades, tengan o no personalidad jurídica de acuerdo con las leyes del Estado en el que residan, sin perjuicio de que sobre algunas de ellas no será posible que concurra la nota de control, a causa de su naturaleza jurídica o del régimen legal al que están sometidas. Ese será el caso, entre otros, de las instituciones de inversión colectiva de carácter abierto, las cuales podrán ser subsumidas bajo el término «entidad», pero escaparán a la nota de control.

El denominado *trust* también puede ser considerado como entidad, cualquiera que sea el régimen jurídico al que se someta en el país o territorio bajo cuyas leyes se haya constituido. Y lo propio cabe decir de un conjunto de figuras jurídicas similares, tales como ciertas comunidades de bienes, las herencias yacentes y las unidades económicas susceptibles de imposición.

No obstante, todo este elenco de entidades, a tenor de la legislación de los diferentes Estados miembros, podría estar sujeto a un régimen fiscal distinto, aunque similar al de la transparencia fiscal internacional, consistente en llamar a tributar a los beneficiarios últimos sobre las rentas generadas en sede de las mismas. Este régimen fiscal, en cuanto fuere más exigente que la transparencia fiscal internacional, sería de aplicación preferente, habida cuenta de la norma del *nivel mínimo de protección*, antes comentada. Por el contrario, si el Estado miembro del beneficiario no prevé un régimen fiscal como el aludido, que en España sería el de atribución, operaría la transparencia fiscal internacional, si bien solo respecto de los contribuyentes del impuesto sobre sociedades (art. 1).

El lugar de la residencia de la entidad no residente, o *sociedad extranjera* según la terminología de la directiva, es indiferente. Puede ser un Estado miembro o un Estado tercero, pero la misma no ha de estar sujeta a tributación, respecto de sus beneficios, en el Estado miembro donde reside el contribuyente, esto es, la entidad o el establecimiento permanentes llamados a soportar la imputación en calidad de contribuyentes. Nótese que la tributación aludida es la que recae sobre los *beneficios*. Por tanto, la entidad no residente no perderá tal condición por el hecho de obtener rentas sujetas a tributación en el Estado miembro del contribuyente, con tal de que esas rentas no tengan la naturaleza de beneficios.

Los establecimientos permanentes también pueden ser considerados como entidades no residentes a efectos de la transparencia fiscal internacional, habida cuenta del tenor literal del artículo 7.1, pero solamente si las rentas obtenidas a través de los mismos están exentas en el Estado miembro de la casa central. En consecuencia, cuando de acuerdo con la legislación del Estado miembro de la casa central las rentas obtenidas a través de establecimiento permanente disfru-

ten de exención, el establecimiento permanente tendrá la consideración de entidad no residente a los efectos de la transparencia fiscal internacional pero, por lo común, no será de aplicación tal régimen fiscal, debido a que la naturaleza de las rentas que habitualmente obtienen los establecimientos permanentes no encaja en la tipología de las afectadas por aquella.

La transparencia fiscal internacional española no considera como entidad no residente a los establecimientos permanentes. Puesto que las rentas obtenidas a través de un establecimiento permanente están exentas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 27/2014, la transposición de la directiva afectará a la tributación de las rentas obtenidas a través de establecimiento permanente, pero solo en la medida en que conjuguen la nota de tipicidad, lo que no será frecuente, habida cuenta de que el establecimiento permanente es un lugar fijo de negocios.

3.2. CONTRIBUYENTES

Son contribuyentes de la transparencia fiscal internacional y, por lo tanto, deberán soportar la imputación de las rentas obtenidas por la entidad no residente, todas las entidades y establecimientos permanentes incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de la directiva antiabuso. En consecuencia, son contribuyentes de la transparencia fiscal internacional:

- Los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades de cada Estado miembro.
- Los establecimientos permanentes de entidades residentes en un Estado tercero, cuyos beneficios estén sujetos a imposición en el Estado miembro donde están constituidos.
- Los establecimientos permanentes de entidades residentes en un Estado miembro, cuyos beneficios estén sujetos a imposición en el Estado miembro donde están constituidos.

Los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades pero exentos, también están afectados por la transparencia fiscal internacional, si bien el efecto práctico de la imputación será nulo, debido a la exención.

Los contribuyentes del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF) caen fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la directiva antiabuso. Por tanto, respecto de las personas físicas, los Estados miembros podrán legislar en materia de transparencia fiscal internacional con entera libertad, respetando, claro está, los principios y libertades del ordenamiento comunitario.

Los contribuyentes sujetos al impuesto sobre sociedades, pero que no tributan efectivamente por el mismo debido a un régimen de transparencia fiscal interna o asimilado, no están afectados por la transparencia fiscal internacional, por cuanto, como se ha indicado, la directiva antiabuso no los incluye en su ámbito subjetivo. Pero sí podrían estarlo sus socios, en cuanto reunieren la

condición de contribuyentes del impuesto sobre sociedades ya que, como se verá más adelante, la imputación se puede producir mediante una participación indirecta, en este caso a través de la entidad sujeta a transparencia fiscal interna.

En fin, no cabe descartar que, según la legislación del Estado miembro de que se trate, alguna entidad jurídica pudiera no estar sujeta al impuesto sobre sociedades, en cuyo caso tampoco estaría afectada por la transparencia fiscal internacional, pero sí podrían estarlo sus socios, en los términos comentados en el párrafo precedente.

La transparencia fiscal internacional española afecta a los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades (art. 100 Ley 27/2014), incluso si tributan en régimen de transparencia fiscal interna, a los establecimientos permanentes por cuanto determinan su base imponible de acuerdo con las normas del impuesto sobre sociedades (art. 18 TRLIRNR) y a las personas físicas (art. 91 Ley 35/2006).

3.3. EL CONTROL SOBRE LA ENTIDAD NO RESIDENTE

Existe control sobre la entidad no residente *cuando el contribuyente, solo o conjuntamente con sus empresas asociadas, posea una participación directa o indirecta de más del 50% en los derechos de voto, o posea directa o indirectamente más del 50% del capital o tenga derecho a percibir más del 50% de los beneficios...* (art. 7.1 a).

Quien o quienes tienen el control habitualmente tienen también la facultad de disponer sobre el patrimonio de la entidad, y esa capacidad de disposición justifica la imputación. La imputación de una renta respecto de la que se carece del poder de disposición contravendría el principio de capacidad económica.

La norma no indica el momento en el que ha de ostentarse el control. Los legisladores nacionales tienen, pues, libertad. El legislador español ha escogido la fecha de cierre del ejercicio social de la entidad no residente (art. 100.1 a) Ley 27/2014).

Para calcular los porcentajes determinantes del control deben acumularse los correspondientes al contribuyente y a sus empresas asociadas. Están en relación de asociación con el contribuyente:

- Las entidades en las que participe, al menos, en un 25% en los derechos de voto o en los beneficios (art. 2.4 a).
- Las personas físicas que ostenten sobre el contribuyente tal tipo de participación (art. 2.4 b).
- Las entidades en las que las entidades o personas mencionadas ostenten tal tipo de participación (art. 2.4, último inciso).

La relación de asociación referida no contempla, a diferencia de la transparencia fiscal internacional española, los lazos familiares (art. 100.1 a) Ley 27/2014), pero es, desde luego, más amplia que la relación de asociación mercantil.

Para determinar la existencia de control, deberán sumarse los tantos del contribuyente con los de las personas o entidades respecto de las que está en relación de asociación.

Los tantos tienen naturaleza diferente, por cuanto van referidos a conceptos diferentes, esto es, voto, capital y beneficios, de aquí que se plantee la cuestión de la pertinencia, o no, de su agregación, a los efectos de determinar la existencia de control.

La lógica aconseja la respuesta negativa, pues no es comparable el poder de disposición que otorga un 51 % sobre el capital con el que otorga un 26 % sobre el capital y un 25 % sobre los derechos de voto, debiendo recordarse que es el poder de disposición lo que justifica la imputación de unas rentas no percibidas.

El contribuyente, junto con las personas o entidades asociadas, forma lo que podría denominarse el grupo de control. Las entidades asociadas pueden, a su vez, tener la condición de contribuyente, pero no toda entidad integrante del grupo de control será contribuyente. Las entidades no residentes en algún Estado miembro no lo serán.

El control en la transparencia fiscal internacional española se configura, igualmente, a través de la suma de tantos de las personas o entidades integrantes de un grupo de control, pero su perímetro es más amplio que el previsto en la directiva, pues contempla los lazos determinantes de la vinculación en el sentido de las operaciones vinculadas, los cuales rebasan los de asociación (art. 100.1 a) Ley 27/2014), y la imputación se proyecta sobre todas las personas o entidades integrantes del grupo de control que, siendo residentes en territorio español, participen directamente en la entidad no residente o indirectamente a través de entidades no residentes (art. 100.7 Ley 27/2014).

La forma en cómo el artículo 7.1 a) construye el control está pensada para abarcar a todo tipo de entidades. Así, la participación en el capital apunta hacia las entidades capitalistas, la participación en el voto hacia las personalistas y la apelación al derecho a percibir los beneficios podría predicarse respecto de las estructuras jurídicas fiduciarias, con tal de que se interprete, como parece más correcto, que el derecho a la percepción de los beneficios, aunque firme, no tiene, necesariamente, por qué ser actual. En fin, las tres relaciones de control, también podrían solaparse.

En relación con el establecimiento permanente, no cabe, propiamente, la idea de control, por cuanto forman parte del propio contribuyente.

3.4. EL RÉGIMEN FISCAL AL QUE SE SUJETA LA ENTIDAD NO RESIDENTE

El régimen fiscal al que está sujeta la entidad no residente o el establecimiento permanente es indiferente. Lo relevante es el importe del impuesto pagado por razón de los beneficios ob-

tenidos, pues si no rebasa la mitad del que correspondería según la legislación fiscal del Estado miembro del contribuyente, habrá imputación por transparencia fiscal internacional, y en el caso contrario no la habrá (art. 7.1 b). De esta manera, la directiva adopta el método de comparación de la deuda tributaria satisfecha, al modo en como lo hace la transparencia fiscal internacional española, si bien el umbral de esta última es el 75 %, el cual, en cuanto más exigente, podrá ser mantenido tras la transposición (art. 100.1 b) Ley 27/2014).

Otras técnicas, tales como la ubicación en sede de un paraíso fiscal o el tipo nominal de gravamen, no han sido recogidas por la directiva, ni tan siquiera con carácter alternativo o subsidiario. En tal sentido, la armonización lograda en este punto ha sido plena.

En consecuencia, un mismo importe de impuesto extranjero puede dar lugar, o no, a imputación en régimen de transparencia fiscal internacional, habida cuenta de la diversa presión fiscal por el impuesto sobre sociedades en los distintos Estados miembros.

La tributación a tomar en consideración es la que recae sobre los beneficios. La que recae sobre cualquier otra magnitud no es relevante. No obstante, es dudoso que no deba ser tomada en consideración la tributación que pretenda gravar indirectamente el beneficio a través de una magnitud asociada con el mismo, como puede ser el activo o cualquier otro indicador de actividad económica.

Literalmente, la norma se refiere al impuesto pagado sobre los beneficios, esto es, la totalidad de los beneficios. Sin embargo, la lógica apunta a que solamente deba ser tomada en consideración aquella parte del impuesto pagado sobre los beneficios que afecte a las rentas sujetas a imputación en régimen de transparencia fiscal internacional.

3.5. LA TIPOLOGÍA DE LAS RENTAS AFECTADAS

Un aspecto clave de la transparencia fiscal internacional es la tipología de las rentas afectadas pues, como se ha indicado, según cual sean los objetivos perseguidos así deben ser las rentas tipificadas. A este respecto, cabe distinguir tres modelos⁷:

- Categoría o clase de rentas.
- Sustancia de la entidad no residente.
- Intensidad del beneficio.

En el apartado 2 del artículo 7 conviven, con carácter alternativo, los dos primeros. Esta configuración de las rentas afectadas otorga un amplio margen de discrecionalidad a los Estados

⁷ Véase Informe final de la Acción 3 del proyecto BEPS.

miembros, los cuales podrán transponer una de las dos categorías, o las dos, o tipificar un elenco de rentas afectadas que comprenda las de una de las dos categorías, o a las de las dos.

Por tanto, así como en los vectores de control y régimen tributario privilegiado la armonización conseguida es notable, sin perjuicio del efecto inherente a la diversidad de tipos de gravamen, en el vector de la tipología de las rentas, la armonización es débil. Esto, probablemente, contribuya a explicar que Estados miembros tradicionalmente opuestos a la transparencia fiscal internacional, como son Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, hayan prestado el consentimiento para alcanzar la unanimidad.

3.5.1. Categoría o clase de rentas

La letra a) del artículo 7.2 sigue el modelo de la categoría o clase de rentas, pudiendo distinguirse cuatro subcategorías:

- Las rentas del capital o rentas pasivas.
- Las rentas derivadas de actividades empresariales.
- Las rentas mixtas.
- Las rentas por operaciones vinculadas.

3.5.1.1. Las rentas del capital

Son rentas del capital *los intereses u otras rentas generadas por activos financieros (i) y los dividendos y rentas procedentes de la enajenación de acciones (iii)*.

Corresponderá al legislador nacional acotar el ámbito de estos dos tipos de renta, ante la ausencia de una definición establecida en la directiva. Ahora bien, el legislador nacional no podrá excluir ningún interés o dividendo abarcado por el ámbito seleccionado, por razón del pagador. Por otra parte, ese ámbito deberá ser consistente con otras normas comunitarias, tales como la directiva de intereses y cánones, la directiva matriz-filial y la directiva contable. En el mismo sentido, y por lo que se refiere a los intereses, deberá ser consistente con la definición de costes de endeudamiento contenida en la propia directiva antiabuso (art. 2.1).

En consecuencia, no podrán ser excluidos los intereses asociados a la financiación de actividades económicas emprendidas por el grupo de empresas al que pertenece la entidad no residente, ni los dividendos de carácter empresarial, entre otros.

En este sentido, el espectro de los intereses y dividendos previsto en la directiva antiabuso es más amplio que el establecido en la transparencia fiscal internacional española, pues la misma excluye a los intereses derivados de la financiación interna de actividades empresaria-

les realizadas por entidades no residentes en territorio español (art. 100.3 b), último inciso, Ley 27/2014), a los dividendos e intereses asociados a la realización de actividades empresariales (art. 100.3 b) 1.º, 2.º, 3.º y 4.º Ley 27/2014) y a los dividendos inherentes a participaciones significativas (art. 100.4 Ley 27/2014).

3.5.1.2. *Las rentas empresariales*

Rentas procedentes de actividades de seguros, actividades bancarias u otras actividades financieras (v).

Para acotar este tipo de rentas ha de acudirse a la actividad efectivamente realizada, antes que a la sujeción de la entidad no residente a un estatuto legal o reglamentario específico, como el que se encuentra establecido en los distintos Estados miembros, ya que la transparencia fiscal internacional está llamada a aplicarse también respecto de entidades extracomunitarias.

La transparencia fiscal española recoge este tipo de rentas de manera absolutamente residual, pues las supedita a la generación de gastos en sede de entidades residentes en territorio español vinculadas con la entidad no residente (art. 100.3 g) Ley 27/2014).

3.5.1.3. *Las rentas mixtas*

Son rentas mixtas *los cánones u otras rentas generadas por la propiedad intelectual o industrial (ii) y las rentas procedentes del arrendamiento financiero (iv).*

Este tipo de rentas pueden generarse tanto en el seno de una actividad económica como derivar de la pura tenencia y cesión de activos. A efectos de su tipificación esa dicotomía es indiferente.

La transparencia fiscal internacional española tipifica la renta derivada de la propiedad intelectual e industrial mantenida con carácter no empresarial (art. 100.3 d) Ley 27/2014). Por el contrario, una explotación empresarial de esta clase de propiedad no generaría renta afectada. En cuanto al arrendamiento financiero, si se realiza con carácter no empresarial, puede ser asimilado a las rentas derivadas de la cesión a terceros de capitales propios (art. 100.3 b) Ley 27/2014) y si se realiza con carácter empresarial, estaría asimilada a la renta de actividades financieras (art. 100.3 g) Ley 27/2014).

3.5.1.4. *Las rentas por operaciones vinculadas*

Son rentas por operaciones vinculadas las derivadas de los ingresos derivados de bienes y servicios *comprados y vendidos a empresas asociadas, añadiendo un valor escaso o nulo (vi).*

Las rentas proceden de operaciones vinculadas en las que la entidad no residente opera a modo de eslabón entre otras entidades del grupo y terceros, sea adquiriendo bienes y servicios de

empresas asociadas que posteriormente transmite a terceros o transmitiendo a otras entidades del grupo bienes y servicios que anteriormente ha adquirido de terceros. Más raramente opera en un circuito puramente interno. Y en este trasiego, la entidad no residente añade escaso o nulo valor. Suele denominarse a esta entidad como *refacturadora*.

Son, pues, dos las circunstancias que deben confluir en la renta tipificada:

- Derivar de operaciones concertadas con entidades asociadas.
- Las funciones que desempeña la entidad no residente en relación con los bienes y servicios objeto de las mismas añaden un escaso o nulo valor.

El valor añadido es un concepto económico, pero el valor añadido *escaso o nulo* es un concepto jurídico indeterminado que deberá ponderarse en cada caso. Una primera aproximación vendrá dada por el importe de los sueldos y salarios pagados por la entidad no residente, pero se trata tan solo de una aproximación. Una segunda aproximación, seguramente más aquilatada, será la realizada mediante un examen de las funciones y riesgos asumidos por la entidad no residente en relación con las operaciones realizadas. El análisis del valor añadido guarda un evidente paralelismo con el análisis funcional propio de la aplicación del principio de libre concurrencia. En este sentido, las pautas y criterios contenidos en las Directrices sobre Precios de Transferencia de la OCDE podrán orientar la concreción de este concepto jurídico indeterminado.

Una vez constada la concurrencia de las dos circunstancias, la renta, en su totalidad, derivada de los ingresos por operaciones con empresas asociadas, deberá ser imputada, incluso si fuera acorde con el valor añadido, si bien la hipótesis subyacente a este tipo de rentas sea, probablemente, la desproporción entre valor añadido y renta registrada en sede de la entidad no residente que las ha realizado.

Es claro que, en caso de desproporción entre renta y valor añadido, este tipo de rentas podrían, igualmente, ser imputadas al contribuyente, mediante la aplicación del principio de libre concurrencia, generalmente tipificado en las legislaciones de los Estados miembros, cuando las ventas y servicios se hubieren concertado, precisamente, con el contribuyente.

En caso de ser concertados con otra entidad asociada distinta del contribuyente, la corrección practicada, en su caso, en aplicación del principio de libre competencia, debería recortar la renta, a efectos de la transparencia fiscal internacional, de la entidad no residente, para reconducirla al importe correspondiente al valor económico añadido.

Parece plantearse, entonces, un conflicto entre el principio de libre concurrencia y la transparencia fiscal internacional, que debe resolverse a favor del primero, por cuanto, en un orden lógico, tanto fiscal como contable, la correcta valoración de las operaciones vinculadas de acuerdo con el principio de libre concurrencia es un presupuesto de la determinación de las rentas, en tanto que la transparencia fiscal internacional se aplica una vez efectuada tal determinación.

En consecuencia, la imputación por transparencia fiscal internacional operará respecto de aquella porción de la renta procedente de operaciones vinculadas, ya valoradas por su valor normal de mercado, a cuya generación la entidad no residente ha contribuido añadiendo un valor escaso o nulo o, eventualmente, respecto de aquella renta derivada de operaciones vinculadas que no ha pasado por el tamiz del principio de libre competencia, en las que el valor añadido por la entidad residente ha sido escaso o nulo.

Por tanto, sobre la base de la hipótesis más plausible de la aplicación previa del principio de libre competencia, este tipo de rentas tendrá un carácter marcadamente residual⁸.

Esta clase de renta no está contemplada en la Ley 27/2014.

3.5.2. Sustancia de la entidad no residente

La letra b) tipifica las rentas derivadas *de mecanismos falseados que se han establecido con el objetivo esencial de obtener una ventaja fiscal*.

El párrafo segundo de la letra b) describe, de una manera alambicada, lo que se considera mecanismo falseado. En síntesis, el mecanismo falseado se concreta en que los activos y riesgos puestos en juego para realizar la operación de la que deriva la renta han sido atribuidos falsamente a la entidad no residente. Esos activos y riesgos radican, realmente, en sede de otra entidad del mismo grupo. Se trata, bien se ve, de una situación próxima a la simulación, urdida, a tenor del texto normativo, por las personas influyentes que toman las decisiones en las entidades concernidas.

La transparencia fiscal internacional española tipifica como renta afecta aquella que se obtiene por una entidad que no dispone de unos medios humanos y materiales acordes con las operaciones de las que deriva dicha renta (art. 100.2 Ley 27/2014).

La renta tipificada en la letra b) es una renta atribuida, mediante mecanismos fraudulentos, a una entidad controlada. Por tanto, también podría ser sometida a la tributación pertinente mediante la aplicación de una norma antiabuso de carácter general o, simplemente, atrayendo la residencia fiscal a la jurisdicción fiscal de la entidad matriz, en la medida en que pudiera demostrarse que en ella radica la sede de dirección efectiva⁹. Estas técnicas de regularización deben aplicarse con carácter preferente. En tal caso, la transparencia fiscal internacional jugaría, respecto de este tipo de renta, un papel puramente residual.

⁸ BURKADZE, E.: «Interaction of Transfer Pricing Rules and CFC Provisions», *International Transfer Pricing Journal*, núm. 5, vol. 23, 2016.

⁹ Informe final de la Acción 6 del proyecto BEPS.

En este sentido, aquellos Estados miembros que opten por transponer únicamente las rentas de la letra b), en rigor no están haciendo otra cosa que incorporar un remedio subsidiario para el caso en que la norma antiabuso no procure una solución satisfactoria.

En fin, la renta de la letra b) está alejada de la filosofía y objetivos de la transparencia fiscal internacional.

Es posible intuir que la tipificación de la renta de la letra b) a modo de opción o alternativa respecto de la renta de la letra a) forma parte de los equilibrios políticos necesarios para alcanzar la necesaria unanimidad.

3.6. LAS DENOMINADAS CLÁUSULAS DE ESCAPE

El mandato de las cláusulas de escape es exceptuar la imputación de la renta tipificada.

Por los requisitos que las configuran, es posible distinguir tres tipos:

- Distribución de la renta tipificada.
- Actividad.
- Mínimos.

3.6.1. Cláusula de distribución de la renta

Esta cláusula versa sobre todo tipo de rentas, esto es, tanto las de la letra a) como las de la letra b) del artículo 7.2.

Se infiere de las propias normas que tipifican las rentas sujetas a imputación, ya que la no distribución es un ingrediente de aquellas. La renta distribuida no estará afecta a transparencia fiscal internacional, cualquiera que sea la entidad perceptora de la misma, sin perjuicio de que tal percepción deba, a su vez, conjugar la renta tipificada en concepto de dividendo, debiendo estarse a la entidad perceptora a los efectos de examinar las circunstancias de control y régimen fiscal privilegiado.

Cuando la entidad obtiene rentas de fuentes diversas, estando algunas de aquellas tipificadas y otras no, y se efectúan distribuciones de beneficios que no versan sobre la totalidad de la renta, surge la cuestión de cuál ha sido la renta distribuida, que solamente puede resolverse con base en un criterio puramente convencional que, sin embargo, la directiva no ha establecido.

Se trata del mismo problema que se presenta respecto de la no integración en la base imponible de los dividendos en la parte de los mismos que se ha nutrido de rentas imputadas, que la

transparencia fiscal internacional española ha resuelto mediante una regla de proporcionalidad (art. 100.10 Ley 27/2014).

No debe confundirse esta cláusula con aquella que exonera la imputación por razón de que la entidad no residente siga una política aceptable de distribución de beneficios.

3.6.2. Cláusula de actividad

Versa sobre las rentas de la letra a). En su virtud, ninguna de las rentas tipificadas en la letra a) será imputable cuando la entidad no residente *lleve a cabo una actividad económica de importancia basada en una plantilla, un equipamiento, bienes e instalaciones*.

La norma no precisa si la actividad económica de importancia se refiere al conjunto de las rentas obtenidas por la entidad o exclusivamente a las rentas tipificadas.

Si estuviera referida a la totalidad de las rentas, esta cláusula de escape supondría una importante merma para la efectividad de la transparencia fiscal internacional. En efecto, rentas pasivas tipificadas de cuantioso volumen podrían ser cobijadas en entidades no residentes con tal de que las mismas realizaran actividades económicas importantes.

Generalmente, las rentas empresariales no están sujetas a transparencia fiscal internacional, pero una cosa es esa no sujeción y otra, bien diferente, que la realización de actividades económicas relevantes neutralice la imputación de rentas puramente pasivas. Verdad es que la denominada *cláusula de mínimos*, presente en varias legislaciones de los países de nuestro entorno, y también en la Ley 27/2014, tiene el efecto de excluir rentas pasivas tipificadas cuando concurren con otro tipo de rentas, señaladamente las derivadas de actividades empresariales, pero lo hace limitadamente (art. 100.5 Ley 27/2014). La directiva antiabuso también contiene una cláusula de mínimos, de tenor similar, que más adelante se comenta.

Las consideraciones precedentes sugieren que la actividad económica de importancia debe predicarse, antes que sobre la entidad o sobre el conjunto de las rentas que la misma obtiene, respecto de las rentas tipificadas.

¿Qué debe entenderse por una *actividad económica de importancia*? Antes de avanzar una respuesta, conviene tener en cuenta que la versión inglesa se refiere a *substantive economic activity*, la francesa a una *activité économique substantielle* y la italiana a *attività economica sostanziale*. Tal vez la versión española hubiera debido emplear la palabra *substancial*. El matiz es relevante, porque la palabra importante apunta a que la actividad económica sea de envergadura, en tanto que la palabra «substancial» a que la actividad no sea de pura fachada, sino real, efectiva o genuina, aun cuando no requiera un elevado concurso de medios humanos y materiales.

A pesar de la importancia que, para la correcta transposición y posterior aplicación de la transparencia fiscal internacional, tiene la cláusula de actividad, y de que la misma pivota sobre

la noción de actividad económica, la directiva antiabuso no ofrece una descripción de la misma, como tampoco lo hizo el Tribunal de Justicia en la crucial Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, asunto C-196/04 (NFJ023535), siendo así que, a tenor de la misma, la realización de *actividades económicas efectivas* rechaza la aplicación de la transparencia fiscal internacional.

La noción de actividad económica es utilizada profusamente por el ordenamiento comunitario. Así, en la regulación del impuesto sobre el valor añadido (IVA), en las normas sobre la competencia, en la regulación fiscal de las operaciones de reestructuración transfronterizas, en las normas relativas al derecho de establecimiento, entre otras, juega un papel señero.

El silencio de la directiva abre paso a las legislaciones nacionales y a los pronunciamientos del Tribunal de Justicia. Así, la definición que de actividad económica ofrece el artículo 5 de la Ley 27/2014 será válida en relación con la transparencia fiscal internacional española.

La doctrina cita, entre otras, la descripción que de actividad económica ofreció el abogado general en *Banque Bruxelles Lambert*, en el sentido de actividad ejecutada por empresas para el mercado, en el marco de una organización, con la finalidad de obtener un beneficio¹⁰.

Por aplicación de la cláusula de actividad, las rentas de las entidades de crédito, de las entidades aseguradoras y reaseguradoras y del resto de las sociedades financieras normalmente quedarán al margen de la transparencia fiscal internacional. En efecto, las rentas derivadas de esas fuentes no pueden obtenerse sino mediante el concurso de medios humanos y materiales suficientemente organizados en orden a la prestación de servicios para el mercado y así obtener un beneficio.

Por el contrario, las rentas por operaciones vinculadas no quedarán al margen, pues la adición de un valor añadido escaso o nulo vendrá acompañada, normalmente, de una carencia de medios organizativos, personales y materiales.

En medio queda el núcleo de las actividades de *holding*, de centralización de la tesorería y la función financiera, y de cesión de uso de activos representativos de la propiedad industrial e intelectual.

En ciertas sentencias relativas al IVA, el Tribunal de Justicia ha indicado que la tenencia y venta de acciones, aun con la consiguiente percepción de dividendos y plusvalías, no puede ser considerada como actividad económica¹¹, pero también, en el ámbito del derecho de la competen-

¹⁰ SMIT, D. S.: «Substance Requirements for Entities Located in a Harmful Tax Jurisdiction under CFC Rules and the Freedom of Establishment», *Derivatives & Financial Instruments*, núm. 6, vol. 16, 2014.

¹¹ Harnas & Helm CV, asunto C-80/95 (NFJ005199), apartado 15: «[...] el Tribunal de Justicia también ha precisado que la mera adquisición y la mera tenencia de participaciones sociales no deben considerarse como una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva, que confiera a quien la realiza la calidad de sujeto pasivo (sentencia

cia, que sí constituye actividad económica la tenencia de una cartera de control que permite ejercer una función de dirección y gestión en relación con las actividades de la entidad participada¹².

En este punto, la legislación fiscal española tiene un listón más bajo para reconocer la existencia de actividad económica, pues no considera como valores, a efectos de la definición de sociedad patrimonial la cual, justamente, se caracteriza por no realizar una actividad económica, a los que otorgan un 5 % sobre el capital y se mantengan durante al menos un año *con la finalidad de dirigir y gestionar la participación* (art. 5.2 Ley 27/2014), de manera tal que no se requiere la involucración gestora en las actividades de la entidad participada para que se aprecie la realización de actividad económica, en plena sintonía con el tratamiento que la transparencia fiscal internacional otorga a los dividendos derivados de esas participaciones (art. 100.4 Ley 27/2014).

La transposición de la directiva antiabuso seguramente motivará una reconsideración de los preceptos mencionados.

En algunos grupos multinacionales se observa que las funciones financieras y de tesorería están encomendadas a entidades *ad hoc*, cuyo resultado contable está constituido por la diferencia entre los ingresos y los gastos financieros así como por los impactos de los derivados y de las valoraciones por el valor razonable. Si estas actividades fueren consideradas como actividades económicas substanciales, operaría la cláusula de actividad.

de 20 de junio de 1991, Polysar Investments Netherlands, C-60/90, Rec. p. I-3111, apartado 13). La mera adquisición de participaciones financieras en otras empresas no constituye una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, ya que el eventual dividendo, fruto de esta participación, es resultado de la mera propiedad del bien (véase, asimismo, en este sentido, la sentencia de 22 de junio de 1993, Sofitam, C-333/91, Rec. p. I-3513, apartado 12)».

EDM, asunto C-77/01 (NFJ016398), apartados 57 y 58: «[...] A este respecto, es preciso recordar de entrada que, conforme a reiterada jurisprudencia, la mera adquisición y la sola tenencia de participaciones sociales no deben considerarse como una actividad económica, en el sentido de la Sexta Directiva, que confiera a quien la realiza la calidad de sujeto pasivo. En efecto, la mera adquisición de participaciones financieras en otras empresas no constituye una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, ya que el eventual dividendo, fruto de esta participación, es resultado de la mera propiedad del bien, y no la contrapartida de una actividad económica (véanse las sentencias, antes citadas, Harnas & Helm, apartado 15, y Floridienne y Berginvest, apartado 21). Por tanto, si estas actividades no constituyen por sí mismas una actividad económica en el sentido de la mencionada directiva, lo mismo sucede respecto a las que consisten en ceder tales participaciones [...] Igualmente, la mera adquisición y la mera venta de otros valores negociables no pueden constituir una explotación de un bien con el fin de obtener ingresos continuados en el tiempo, puesto que la única retribución de esas operaciones es un eventual beneficio en el momento de la venta de dichos valores [...]».

¹² Cassa di Risparmio di Firenze, asunto C-222/04 (NFJ028807), apartados 111 y 112: «[...] A este respecto, es necesario subrayar que la mera tenencia de participaciones, aunque sean de control, no basta para caracterizar una actividad económica de la entidad que las posee cuando dicha circunstancia solo implique el ejercicio de los derechos vinculados a la condición de accionista o socio, así como, en su caso, la percepción de dividendos, que no son más que los frutos que produce la propiedad de un bien. En cambio, debe estimarse que una entidad que posee el control de una sociedad y ejerce efectivamente dicho control interviniendo directa o indirectamente en la gestión de esta última, participa en la actividad económica desarrollada por la empresa controlada».

En algunas sentencias, concernientes al IVA, el Tribunal de Justicia ha establecido criterios en orden a determinar la existencia, o no, de actividad económica, respecto de ese tipo de operaciones¹³. La actividad económica descansa sobre las notas de continuidad o habitualidad, organización y finalidad comercial.

En la transparencia fiscal española, la renta derivada de los intereses de préstamos a entidades del propio grupo mercantil no es susceptible de imputación si las prestatarias realizan actividades económicas significativas y son no residentes en territorio español (art. 100.3 b) y g) Ley 27/2014).

Por lo que se refiere a la renta derivada de la cesión de uso de los activos representativos de la propiedad intelectual e industrial, habrá de estarse a la forma en cómo se exploten los mismos. Si la cesión es a favor de las entidades del propio grupo de empresas, generalmente no se apreciará la concurrencia de actividad económica, pero no puede descartarse totalmente. Por el contrario si la cesión se realiza a favor de terceros, es más probable que concurra la actividad económica, pero no puede darse por sentado que así sea en todo caso. La existencia de organización y finalidad comercial será lo relevante.

En la transparencia fiscal internacional española, la renta derivada de la propiedad intelectual o industrial no es imputable si fuere obtenida en el curso de una actividad económica, por cuanto la norma que tipifica este tipo de renta se remite a la categoría de renta tipificada como del capital en el IRPF, excepto si generase un gasto fiscalmente deducible en una entidad residente en territorio español y vinculada (art. 100.3 d) y g) Ley 27/2014).

La cláusula de actividad debe transponerse obligatoriamente en relación con las entidades residentes en algún Estado del Espacio Económico Europeo (EEE)¹⁴. En relación con Estados terceros la transposición no es obligatoria, sino facultativa.

Ha de suponerse, por tanto, que la cláusula de actividad respeta la doctrina del Tribunal de Justicia, cuyo principal exponente es la Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*,

¹³ EDM, asunto C-77/01 (NFJ016398), conclusiones, apartado 62, abogado general: «[...] propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Sexta Directiva debe interpretarse en el sentido de que la concesión anual de préstamos remunerados por una sociedad *holding* a las empresas en las que posee participaciones, cuando aquella tiene por actividad principal gestionar estas últimas y, en cierta medida, también prestar garantías para los préstamos contraídos por ellas, constituye una actividad económica si dichos préstamos no se conceden con carácter ocasional, sino con arreglo a unos objetivos empresariales o a una finalidad comercial, caracterizada en especial por el afán de rentabilizar los capitales invertidos. [...]». Sentencia EDM, asunto C-77/01 (NFJ016398), apartado 70, tribunal: «[...] Por consiguiente, es preciso señalar que la concesión anual por un *holding* de préstamos remunerados a las sociedades en las que posee participaciones y sus inversiones en depósitos bancarios o en valores, como bonos del Tesoro o certificados de depósito, constituyen actividades económicas efectuadas por un sujeto pasivo que actúa como tal, en el sentido de los artículos 2, punto 1 y 4, apartado 2, de la Sexta Directiva».

¹⁴ Estados miembros de la Unión Europea más Islandia, Noruega y Liechtenstein.

asunto C-196/04 (NFJ023535), a cuyo tenor la implantación real y la realización de actividades económicas efectivas excluye la transparencia fiscal internacional.

El legislador español ha utilizado la cláusula de actividad para dar respuesta y cumplimiento a la referida sentencia, de manera tal que la realización de actividades económicas inhibe, en el ámbito de la Unión Europea, la aplicación de la transparencia fiscal internacional cuando, además, el contribuyente acredite que la constitución y operativa de la entidad concernida responda a motivos económicos válidos (art. 100.16 Ley 27/2014).

El legislador español no ha extendido la cláusula de actividad a los Estados terceros, ni a los del Acuerdo EEE que no son miembros de la Unión Europea. La transposición de la directiva obligará, de una parte, a eliminar el requisito de motivos económicos válidos y, de otra, a extender la cláusula de actividad a los Estados miembros del Acuerdo EEE.

La forma en cómo los Estados miembros transpongan la cláusula de actividad, y más todavía la manera en cómo la apliquen, será una de las piedras de toque para valorar cuánto de sincero hay en las proclamas políticas de hacer tributar los beneficios de los grupos multinacionales.

3.6.3. Cláusula de mínimos

Se prevén cuatro cláusulas de mínimos. Dos, respecto de las rentas de la letra a) y otras dos respecto de las rentas de la letra b), del artículo 7.2. Todas las cláusulas tienen carácter optativo para los Estados miembros.

En relación con la renta de la letra a) se establecen dos cláusulas de mínimos, una de carácter general y otra específicamente dirigida a las sociedades financieras.

La cláusula de carácter general opera cuando la suma de las rentas tipificadas en la letra a) no rebase la tercera parte de la renta de la entidad no residente. Es similar a la de la transparencia fiscal internacional española, si bien el umbral de esta última es menos permisivo, pues está fijado en el 15 % de la renta (art. 100.5 Ley 27/2014).

La cláusula relativa a las sociedades financieras opera respecto de las rentas de las entidades crediticias, aseguradoras y reaseguradoras y del resto de las sociedades financieras, cuando las rentas obtenidas en operaciones con empresas asociadas no rebasan la tercera parte de la renta de la entidad no residente. Esta cláusula se solapará, habitualmente, con la cláusula de actividad, pues las operaciones crediticias, aseguradoras y financieras supondrán, habitualmente, una actividad económica ejecutada con el debido concurso de una organización de medios humanos y materiales.

La transparencia fiscal internacional española establece una cláusula similar para la renta de actividades financieras, crediticias y aseguradoras que determine gastos en una entidad residente en territorio español vinculada (art. 100.3 g) Ley 27/2014).

Las dos cláusulas son optativas, de manera tal que los Estados miembros podrán transponerlas, o no, al ordenamiento interno. Es claro que su transposición, en particular por lo que se refiere a la cláusula de carácter general, reducirá significativamente el alcance de la transparencia fiscal internacional.

En relación con la letra b), también se establecen dos cláusulas de mínimos.

La primera descansa en lo exiguo del resultado contable, esto es, no superior a 750.000 euros, a condición de que los ingresos no comerciales no rebasen los 75.000 euros.

La segunda pivota sobre la relación entre el resultado contable y los gastos de explotación, que se establece en el 10%.

La renta derivada de mecanismos falseados quedará, de esta manera, amparada y al margen de la transparencia fiscal internacional. Esto no parece lógico. Ese tipo de renta en modo alguno debería encontrar el amparo de una cláusula de escape, pues la irregularidad no es aceptable, aun cuando sea de baja intensidad. Pero es que, además, la segunda cláusula de escape puede coonestar rentas relativamente elevadas.

3.6.4. Otras cláusulas de escape

En las diferentes legislaciones están reconocidas otras cláusulas de escape. Así, entre otras, la cotización en mercado oficial, la demostración de la concurrencia de motivos económicos válidos, una política aceptable de distribución de los beneficios, la existencia de pérdidas en la entidad no residente o la residencia de la misma en un país fiscalmente correcto (lista blanca).

Ninguna de ellas está reconocida en la directiva antiabuso. Por tanto, los Estados miembros no podrán incorporarlas en sus respectivas legislaciones, en la medida en que pudieran implicar una vulneración del nivel mínimo de protección.

No obstante, si la renta susceptible de imputación es distribuida previamente al momento de la imputación, no habrá lugar a la misma, por cuanto dicha imputación se proyecta sobre las rentas no distribuidas. Por otra parte, habida cuenta de que tal distribución es imposible si la renta tipificada positiva es neutralizada por rentas no tipificadas negativas, podría entenderse que la existencia de pérdidas en la entidad no residente ocluye la imputación de las rentas positivas.

Más allá de las precisiones técnicas desarrolladas en los párrafos precedentes y, sin duda, mucho más importante para el cabal entendimiento de la directiva antiabuso, conviene reflexionar respecto del recorte que las cláusulas de escape pueden provocar en el campo de la transparencia fiscal internacional. Pues bien, parece claro que los Estados miembros que decidan transponer únicamente las rentas de la letra b) así como las dos cláusulas de mínimos inherentes a las mismas, realmente dejarán sus legislaciones, *de facto*, al margen de la transparencia fiscal interna-

cional. Incluso los que transpusieren las rentas de la letra a), también quedarán en una posición similar si aplican de manera generosa la cláusula de actividad.

3.6.5. Las listas de países

El párrafo segundo de la consideración 12) declara aceptables las *listas blancas, grises o negras de terceros países* siempre que sean elaboradas *conforme a determinados criterios establecidos en la presente directiva, y puedan incluir el nivel del tipo impositivo del impuesto sobre sociedades, o recurrir a listas blancas de Estados miembros elaboradas con arreglo a estos criterios.*

El criterio precedente no está recogido en el cuerpo normativo de la directiva antiabuso, pero parece claro que los Estados miembros podrán aplicarlo a los efectos de su transposición. Por tanto, podrán:

- Establecer listas blancas respecto de Estados terceros, considerando el tipo de gravamen efectivo del impuesto sobre sociedades, no el nominal, pues la directiva antiabuso convoca al nivel del tipo impositivo pero no a su valor nominal. Una lista blanca exclusivamente formada con el criterio de la existencia de un convenio bilateral para eliminar la doble imposición no sería correcta.
- Establecer listas blancas de Estados miembros, sin cortapisa alguna, en las que, incluso, podrían estar comprendidos todos ellos. También serían válidas, por tanto, las que no contuvieran a todos los Estados miembros, pero la discriminación debería estar justificada sobre la base del nivel del tipo impositivo. Naturalmente, la no inclusión en la lista blanca no impediría la aplicación de la cláusula de actividad económica, pues la misma es obligatoria en relación con los Estados miembros.
- Establecer listas negras y grises, esto es, que contengan excepciones respecto de determinadas entidades residentes en Estados incursos en la lista blanca, pero solamente respecto de Estados terceros.

Las listas blancas permiten recortar, adicionalmente, el campo de aplicación de la transparencia fiscal internacional.

3.7. LIQUIDACIÓN DE LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

Comprende las siguientes operaciones:

- Determinación del importe de la renta a imputar.
- Determinación de los contribuyentes que deben soportar la imputación.

- Determinación del periodo impositivo de la imputación.
- Tratamiento de los impuestos que han recaído sobre la renta imputada.
- Tributación de los dividendos distribuidos por la entidad no residente.
- Tributación de las rentas derivadas de la transmisión de la participación sobre la entidad no residente.

3.7.1. Determinación de la renta a imputar

Los apartados 1 y 2 del artículo 8 regulan esta materia, distinguiendo entre las rentas de la letra a) y aquellas de la letra b).

Una lectura superficial de los dos apartados podría llevar a la conclusión de que en el caso de las rentas de la letra a) se imputa la totalidad del resultado contable de la entidad no residente, por cuanto en el caso de las rentas de la letra b) se especifica que la imputación se limita a las rentas expresamente afectadas. Esta lectura, seguramente auspiciada por una redacción deficiente del apartado 2, que confunde el acotamiento de la renta imputable con la determinación de su importe, no sería correcta. En efecto, la renta que se imputa es la tipificada en cada una de las clases o categorías de la letra a), pero no el resultado contable de la entidad que percibe tales rentas.

En el caso de las rentas de la letra a), su importe se determina de acuerdo con las normas del impuesto sobre sociedades del contribuyente llamado a soportar la imputación. Por tanto, aun cuando las rentas imputables sean las mismas para todos los Estados miembros, el importe puede ser diferente. En particular, las diferencias más acusadas se presentarán en los dividendos y plusvalías de cartera, pues si bien la exención de esas rentas está muy extendida, los requisitos que la habilitan distan de ser homogéneos.

El efecto práctico, respecto de aquellos Estados miembros que, como España, han establecido amplias exenciones para los dividendos y plusvalías de acciones es que, aun cuando las rentas de este tipo obtenidas por las entidades *holding* sean susceptibles de imputación, la transparencia fiscal internacional no supondrá una carga tributaria adicional, por cuanto el importe de la renta imputada será nulo, bajo el cumplimiento de los requisitos que habilitan la exención (art. 21 Ley 27/2014).

Esta regla de determinación del importe de la renta es la que sigue la transparencia fiscal internacional española (art. 100.9 Ley 27/2014).

En el caso de las rentas de la letra b), no hay una remisión a las normas del impuesto sobre sociedades del contribuyente, sino dos normas específicas. Por la primera, mediante una fórmula alambicada, el importe de la renta se constriñe a la derivada de mecanismos falseados, más precisamente, a la imputable a los activos y los riesgos vinculados a las funciones de las personas influyentes ejercidas por la sociedad que realiza el control, y, por la segunda, se apela a un

cálculo de conformidad con el principio de plena competencia. Las dos reglas cumplen funciones diferentes. La primera acota la renta imputable, la segunda delimita su importe por referencia a un principio básico de la fiscalidad internacional.

Poniendo en relación la letra b) del artículo 7.2 con el apartado 2 del artículo 8, se llega a la conclusión de que la entidad no residente, o bien no ha asumido efectivamente los riesgos y activos de los que se deriva la renta sino que tal asunción es impostada, o bien tal asunción solo se explica, en términos económicos, por la relación de dependencia o control respecto de la entidad dominante del grupo de empresas al que pertenece. En tal caso, la vía de la transparencia fiscal internacional no puede hurtarse al principio que rige las operaciones entre partes vinculadas, esto es, el principio de plena competencia.

Ahora bien, si la interpretación precedente es correcta, la letra b) está tipificando como renta imputable una renta que hubiera podido ser imputada por aplicación de las normas sobre operaciones vinculadas, en el caso de España, las contenidas en el artículo 18 de la Ley 27/2014.

La renta tipificada ha de tener carácter positivo. La renta tipificada negativa no se imputará, pero podrá compensar rentas tipificadas positivas de periodos impositivos futuros.

Cuestión distinta es que converjan en la entidad no residente rentas positivas tipificadas con rentas negativas no tipificadas, de manera tal que el saldo sea una renta negativa o pérdida. En tal caso, es dudoso que proceda la imputación, como se comentó anteriormente.

En la transparencia fiscal internacional española, las rentas tipificadas negativas no se imputan pero, por aplicación de la regla de compensación de bases imponibles negativas, podrán aminorar las rentas tipificadas positivas de ejercicios futuros.

Por otra parte, la cuantía de la renta imputable no podrá exceder de la renta total de la entidad no residente (art. 100.9 Ley 27/2014).

3.7.2. Contribuyentes imputables

De acuerdo con el artículo 8.3, las rentas, determinadas conforme a lo previsto en los apartados anteriores, se imputarán en función de la proporción de la participación del contribuyente en la entidad, tal como se define en el artículo 7, apartado 1, letra a).

Por tanto, serán contribuyentes imputables las entidades jurídicas o establecimientos permanentes que ostenten alguna de las relaciones de participación enumeradas en dicho precepto.

No todas las entidades o establecimientos permanentes que forman parte del grupo de control, en el sentido del artículo 7.1 a), soportarán la imputación, pues las que no sean residentes o no se hallen ubicados, respectivamente, en el territorio de un determinado Estado miembro no lo harán, excepto si son residentes o están ubicados en el territorio de otro Estado miembro. En efec-

to, la imputación versa sobre las entidades o establecimientos permanentes que, formando parte del grupo de control, tienen la condición de contribuyentes del impuesto sobre sociedades en cualquier Estado miembro. De esta manera, la imputación prevista en la directiva puede afectar a contribuyentes de un solo Estado miembro o a contribuyentes de varios Estados miembros. Y es posible que, ante los mismos hechos, en un Estado miembro haya contribuyentes imputables y en otro u otros no, dependiendo, básicamente, del tipo de rentas tipificadas y de las cláusulas de escape incorporadas por cada Estado miembro.

La imputación mediante participación indirecta determina que la misma renta pueda ser imputada en sede de dos o más contribuyentes, sea por el mismo Estado miembro, por dos o más Estados miembros o por Estados terceros, pero de ello no se derivará exceso de imposición, por aplicación de la regla de reconocimiento de créditos fiscales prevista en el artículo 8.7.

En la transparencia fiscal internacional española esa duplicidad no se presenta, por cuanto la participación indirecta que se toma en consideración es la tenida a través de otra u otras entidades no residentes (art. 100.7 Ley 27/2014).

El apartado 3 no precisa el momento temporal en el que debe concurrir la relación de participación, pero interpretado conjuntamente con el apartado 4, del mismo artículo, parece que debe referirse al día en que termine el periodo impositivo de la entidad no residente. Esta es la solución de la transparencia fiscal internacional española (art. 100.1 a) Ley 27/2014).

3.7.3. Periodo impositivo de la imputación

La imputación surte efectos en relación con el periodo impositivo del contribuyente en el que está comprendido el día en el que finaliza el periodo impositivo de la entidad no residente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.4.

La transparencia fiscal internacional española adopta el ejercicio social en vez del periodo impositivo o ejercicio fiscal, pero se cuida de precisar que aquel no podrá tener una duración superior a 12 meses (art. 100.8 Ley 27/2014).

3.7.4. Distribución de dividendos por la entidad no residente

Los dividendos o participaciones en beneficios que, de acuerdo con la legislación interna del Estado miembro correspondiente, deban integrarse en la base imponible del contribuyente, lo harán minorados en el importe de la renta imputada. De esta manera, el artículo 8.5 pretende *garantizar que no se produzca doble imposición*.

Una solución semejante ofrece la transparencia fiscal internacional española (art. 100.10 Ley 27/2014).

La norma de minoración del dividendo en el importe de la renta imputada debe aplicarse aun cuando los dividendos disfruten de exención de acuerdo con las reglas generales, por cuanto la regla especial prevalece sobre la general, sin perjuicio de que, una vez practicada la minoración, el importe del dividendo excedente pueda acogerse a la exención.

Será en la distribución de beneficios con cargo a reservas donde surjan algunas dificultades para aquilatar la correspondencia entre el beneficio distribuido y la renta imputada. La transparencia fiscal internacional establece, a tal efecto, una regla convencional (art. 100.10 Ley 27/2014).

La minoración deberá producirse en sede del contribuyente que, siendo receptor del dividendo, sufrió la imputación, pero no del contribuyente receptor del dividendo que no sufrió la imputación. Este dividendo no será, para este último, un fruto, sino una recuperación del valor de la inversión.

Es interesante observar que la norma del artículo 8.5 procura la eliminación de la doble imposición económica internacional respecto de los dividendos distribuidos por entidades afectas al régimen de transparencia fiscal internacional, incluso en relación con Estados miembros cuyo régimen general de imposición no contemple dicha eliminación.

De esta manera, la transparencia fiscal internacional contenida en la directiva antiabuso no solo no determina doble imposición sino que la elimina, incluso en supuestos que, por el grado de participación, no ameritarían la aplicación de la directiva matriz-filial, o que estarían fuera de su ámbito de aplicación por provenir el dividendo de entidades residentes en Estados terceros.

3.7.5. Transmisión de la participación sobre la entidad no residente

El importe de la renta obtenida en la transmisión de la participación sobre la entidad no residente o de los elementos patrimoniales del establecimiento permanente deberá minorarse en el de la renta previamente imputada, a fin de evitar la doble imposición, de acuerdo con lo previsto en el artículo 8.6.

No procederá, por tanto, la minoración, en la medida en que la renta imputada hubiera determinado la minoración de los dividendos previamente distribuidos, en los términos previstos en el artículo 8.5.

De esta manera, el artículo 8.6 incorpora el denominado valor de titularidad, esto es, el importe de los beneficios sociales que, sin efectiva distribución, se correspondan con rentas que hubieren sido previamente imputadas.

Esta regla está recogida en la transparencia fiscal internacional española (art. 100.12 Ley 27/2014).

Se notará que, al igual que acontecía respecto de los dividendos, la norma del artículo 8.6 procura la eliminación de la doble imposición económica aun cuando el régimen general no lo hiciera y, desde luego, superando las previsiones de la directiva matriz-filial, por cuanto la misma no se proyecta sobre la doble imposición económica inherente a las plusvalías obtenidas en la transmisión de la participación.

Se da así pleno cumplimiento al propósito contenido en la consideración 5), a cuyo tenor, *las normas no solo deben tener por objeto contrarrestar las prácticas de elusión fiscal, sino también evitar la creación de otros obstáculos al mercado, como, por ejemplo, la doble imposición.*

3.7.6. Créditos de impuestos pagados, respecto de la renta imputada, por la entidad o establecimiento permanente

El artículo 8.7 establece la deducción del *impuesto pagado*, respecto de la renta imputada, por la entidad no residente o establecimiento permanente. Este impuesto es el que recae sobre los beneficios de la entidad no residente o del establecimiento permanente, en la medida en que se corresponda con la renta imputada.

El importe de la deducción se calculará de acuerdo con la *legislación nacional*, de manera que la misma podrá limitar la deducción del referido impuesto en los términos de la denominada «imputación ordinaria».

Las retenciones que pudieran haberse practicado respecto a dividendos nutridos con beneficios o rentas que fueron objeto de imputación no están contempladas en el artículo 8.7. Estas retenciones normalmente son deducibles de la cuota, de acuerdo con la legislación interna o los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, con el límite de la deuda tributaria derivada de tales beneficios. Mas, como quiera que dicha deuda tributaria no se presenta, o no se presenta totalmente, debido a la no inclusión en la base imponible prevista en el artículo 8.5, es dudoso que proceda la deducción.

El silencio de la directiva habilita a los Estados miembros para adoptar la solución que estimen pertinente, pero la adecuada, de acuerdo con la finalidad de evitar la doble imposición o el exceso de imposición, es permitir la deducción no solo del impuesto subyacente que ha recaído sobre los beneficios, sino también de la retención.

La transparencia fiscal internacional española ha previsto y regulado esta situación, admitiendo la deducción, tanto del impuesto subyacente como de la retención, bajo la limitación propia de la imputación ordinaria (art. 100.11 Ley 27/2014).

3.8. RELACIÓN CON LOS CONVENIOS BILATERALES PARA ELIMINAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

Un tema clásico de la transparencia fiscal internacional es la posibilidad de aplicarla cuando media un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, esto es, cuando la entidad no residente o el establecimiento permanente tienen su residencia o su ubicación, respectivamente, en un país que está vinculado por un convenio con el país en el que reside o se halle ubicado el contribuyente.

La directiva antiabuso no se ha hecho eco de esta cuestión.

Más allá del debate doctrinal, debe señalarse que la OCDE la ha abordado en los comentarios al Modelo de Convenio. Los primeros comentarios se incorporaron en 1992. Bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, estos comentarios fueron favorables a la compatibilidad de la transparencia fiscal internacional con los convenios. En 2003 se produjeron nuevos comentarios que acentuaron la posición favorable a la compatibilidad. El Plan de Acción BEPS y el informe final de la Acción 6 han continuado por dicha senda.

Los comentarios de 2003 pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Las normas sobre transparencia fiscal internacional son un instrumento legítimo para proteger la correcta formación de la base imponible¹⁵.
- El literal del artículo 7 del Modelo de Convenio, que en unión de los artículos 1, 4 y 5 establece la arquitectura de lo que se podría denominar el sistema de tributación internacional sobre los beneficios, no fundamenta un rechazo de la transparencia fiscal internacional¹⁶.
- La tributación de unos beneficios que todavía no han sido distribuidos no violenta el régimen de tributación de los dividendos¹⁷.

¹⁵ Un significativo número de Estados miembros y no miembros de la OCDE han adoptado normas sobre transparencia fiscal internacional. Aunque su contenido es variado, una característica común de estas reglas «[...] las cuales son en la actualidad reconocidas como un instrumento legítimo para proteger la base imponible domestica [...]» es que las mismas permiten a un Estado contratante gravar a sus residentes sobre la renta atribuible a su participación en ciertas entidades extranjeras (comentario 23, párrafo primero). Los Estados que adoptan normas sobre transparencia fiscal internacional buscan mantener la equidad y neutralidad de sus sistemas fiscales en un escenario internacional caracterizado por muy diferentes presiones fiscales, si bien, tales normas solamente deberían ser utilizadas con tal finalidad (comentario 26, párrafo primero, art. 1).

¹⁶ En ocasiones se ha argumentado, con base en ciertos preceptos del convenio tales como los artículos 7.1 y 10.5, que la legislación sobre transparencia fiscal internacional está en conflicto con dichos preceptos. Estos argumentos no son consistentes (comentario 23, párrafo segundo). El comentario 10.1 al artículo 7 no encuentra incompatibilidad entre lo previsto en dicho precepto y la transparencia fiscal internacional porque «[...] el propósito del párrafo 1 (del artículo 7) es establecer límites al derecho de un Estado contratante a gravar los beneficios de las empresas que residen en el otro Estado contratante. El párrafo no limita el derecho del Estado contratante a gravar a sus propios residentes bajo la legislación sobre transparencia fiscal internacional incluso aunque tal tributación impuesta sobre esos residentes pueda ser calculada por referencia a la parte de los beneficios de una empresa que es residente en el otro Estado contratante la cual es atribuible a la participación de estos residentes en esa empresa. La tributación así exigida por un Estado sobre sus propios residentes no reduce los beneficios de la empresa del otro Estado y no puede, en consecuencia, considerarse que ha gravado tales beneficios [...]». (Tras la versión del Modelo de Convenio de 2010 el comentario precedente no ha sido modificado, si bien lleva el número 14).

¹⁷ El comentario 37 al artículo 10 establece que «[...] podría argumentarse que en el caso en que el país de residencia del contribuyente, aplicando la legislación sobre transparencia fiscal internacional u otras normas con similar efecto

- Si el convenio bilateral para eliminar la doble imposición establece el método de exención respecto de los dividendos, a los efectos de eliminar la doble imposición económica, podría tener fundamento la alegación de que la transparencia fiscal internacional frustra la aplicación de ese método¹⁸.
- Debieran reconocerse, como créditos de impuesto, los que han gravado la renta imputada¹⁹.
- No es necesario especificar en los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición que las normas sobre transparencia fiscal internacional son aplicables²⁰. Algunos convenios suscritos por España contienen esa especificación, pero ello no fundamentaría un argumento de rechazo de la transparencia fiscal internacional en relación con los convenios que no la contuvieran.

busca gravar los beneficios que no han sido distribuidos, está actuado contra lo previsto en el apartado 5 (del artículo 10). Sin embargo, debería notarse que tal apartado regula exclusivamente la tributación en la fuente y, en consecuencia, no tiene efecto en relación con la tributación en residencia bajo tal legislación. Además, el apartado en cuestión se refiere solo a la tributación de la compañía y no a la del socio [...].

- ¹⁸ El comentario 38 al artículo 10 se refiere a la compatibilidad entre la exención de dividendos de fuente extranjera y la transparencia fiscal internacional, y establece que «[...] la aplicación de tal legislación (transparencia fiscal internacional) puede, sin embargo, complicar la aplicación del artículo 23 (métodos para la eliminación de la doble imposición). Si la renta fuera atribuida al contribuyente cada parte de la misma tendría que ser tratada bajo la correspondiente disposición del convenio (renta de empresa, intereses, cánones). Si el importe es tratado como un presunto dividendo, entonces, dicho dividendo claramente deriva de la base imponible de la compañía, constituyendo de esta manera renta del país de la compañía. Incluso en ese caso no es en modo alguno claro si el importe gravable tiene que ser considerado como dividendo en el sentido del artículo 10 o como a otra renta en el sentido del artículo 21. Bajo la transparencia fiscal internacional el importe gravable es tratado como un dividendo con el resultado de que una exención establecida por el convenio, como por ejemplo, la exención-participación, es también aplicable a ella. Es dudoso si el convenio obliga a tal exención. Si el país de residencia considera que no es así, podría enfrentarse con la alegación de que gravando el dividendo anticipadamente está obstruyendo la aplicación de la exención-participación [...].»
- ¹⁹ El comentario 39 al artículo 10 aborda la cuestión del tratamiento que corresponde al dividendo distribuido por la entidad no residente. Parece claro que el país de la fuente puede sujetar el dividendo a retención porque «[...] existe un dividendo en el sentido del convenio [...]». Por su parte, el país de la residencia «[...] aplicará los métodos normales para eliminar la doble imposición (exención o imputación). Esto implica que la retención en la fuente debería ser admitida como crédito de impuesto por el país de la residencia, incluso si el beneficio distribuido ha sido gravado años antes bajo las normas sobre transparencia fiscal internacional [...]». Sobre esta conclusión general, el comentario apunta que cuando el ejercicio del dividendo y el de la tributación en transparencia fiscal internacional no es el mismo, podría ser dudoso que el país de residencia tuviera que admitir la retención en la fuente como crédito de impuesto, porque podría alegarse que, puesto que el dividendo no se grava como tal (ya se ha gravado antes en virtud de la transparencia fiscal internacional), «[...] no existe base para el crédito [...]». Ahora bien, el comentario, a su vez, rebate tal posición porque «[...] el propósito del convenio quedaría frustrado si el crédito de impuesto fuera eludido a causa de la anticipación del impuesto derivada de la transparencia fiscal internacional. Por tanto, como principio general, el crédito debería ser otorgado [...] si bien, los contribuyentes que recurren a negocios artificiales están tomando riesgos contra los que no puedan ser salvaguardados absolutamente por las autoridades fiscales [...]».
- ²⁰ Aunque algunos países han entendido útil clarificar expresamente en sus convenios que la transparencia fiscal internacional no entra en conflicto con los mismos, tal clarificación no es necesaria. Es reconocido que la legislación sobre la transparencia fiscal internacional no es contraria a los convenios (comentario 23, párrafo tercero, art. 1).

- La transparencia fiscal internacional no debería ser aplicada cuando la renta afectada soporta una tributación similar a la que soportaría en sede del contribuyente²¹.
- No existe una lista de rentas idóneas para estar sujetas a transparencia fiscal internacional, ni tampoco de rentas que debieran quedar excluidas de la misma, aun cuando en los comentarios de 1992 se indicaba que las de carácter empresarial no eran aptas. En el informe final de la Acción 3 del proyecto BEPS, aun cuando no se rechaza la imputación de la totalidad de la renta, es lo cierto que se efectúa un análisis de la renta susceptible de imputación dividido en tres categorías, en las cuales las rentas derivadas de actividades empresariales ordinarias no aparecen descritas.

En el informe final de la Acción 6 del proyecto BEPS, se aborda la cuestión de la relación entre los convenios bilaterales para evitar la doble imposición y la transparencia fiscal internacional, proponiendo a tal efecto la inclusión de un nuevo texto en los comentarios al artículo 1 del Modelo de Convenio, del que cabe destacar una idea que ya estaba presente en los comentarios sobre la materia incorporados en 1992, a saber, que la transparencia fiscal internacional versa sobre hechos imponible que afectan a los residentes.

Este es un argumento importante, por cuanto respecto de esos hechos imponibles el otro Estado contratante carece de competencias, pero no es un argumento dirimente, porque ese Estado sí puede tener interés en proteger las inversiones que en el mismo realizan los residentes del otro Estado contratante a través del establecimiento de entidades filiales, y un aspecto de esa protección es que las rentas obtenidas por las mismas no estén afectadas por la transparencia fiscal internacional.

La posición de la OCDE favorable a la compatibilidad entre los dos conjuntos normativos ha quedado ratificada en el texto que, en el informe final de la Acción 6, se propone incluir en el cuerpo de los comentarios al Modelo de Convenio, el cual viene a ser una síntesis de los criterios precedentes²².

²¹ Como regla general, las normas sobre transparencia fiscal internacional no deberían ser aplicadas en el caso en que la correspondiente renta ha estado sujeta a un gravamen comparable a aquel en el que reside el contribuyente (comentario 26, párrafo segundo, art. 1).

²² «Un número significativo de países ha adoptado una normativa en materia de transparencia fiscal internacional –CFC– para combatir el uso de sociedades extranjeras controladas. Aunque el contenido de cada normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC–, hoy en día considerada en el ámbito internacional como un instrumento legítimo para proteger la base imponible nacional, varía considerablemente en función del país, todas ellas comparten un rasgo común, y es que permiten que un Estado contratante grave a sus residentes por la renta atribuible a su participación en determinadas entidades extranjeras. A veces se ha argumentado, basándose en cierta interpretación de determinadas disposiciones del Convenio como el apartado 1 del artículo 7 y el apartado 5 del artículo 10, que el citado rasgo común de las normativas sobre transparencia fiscal internacional –CFC– es contrario a dichas disposiciones. Sin embargo, puesto que este tipo de normativa da lugar a que un Estado grave a sus propios residentes, el apartado 3 del artículo 1 confirma que no contraviene los convenios. Se puede llegar a esta misma conclusión respecto de los convenios que no integren una cláusula similar a la del apartado 3 del artículo 1; por las razones explicadas en los párrafos 14 del Comentario al artículo 7 y 37 del Comentario al artículo 10, la interpretación según la cual estos artículos impedirían

Bien se comprende que la compatibilidad de la transparencia fiscal internacional con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición es crucial para la implantación pacífica de los artículos 7 y 8 de la directiva antiabuso. La primacía del ordenamiento comunitario resolvería, ciertamente, cualquier fricción que pudiera presentarse en las relaciones entre Estados miembros, pero no en las relaciones entre Estados miembros y Estados terceros, de manera tal que, ante una eventual incompatibilidad, no habría otra salida que la renegociación.

De aquí la importancia de los comentarios al Modelo de Convenio favorables a la compatibilidad.

Ciertamente, la regulación contenida en la directiva antiabuso, centrada en rentas asociadas a una irregularidad (letra b), o en rentas de carácter pasivo, u obtenidas con infracción de las normas sobre precios de transferencia (letra a), ayuda a sostener la compatibilidad. El mismo papel juega la cláusula de actividad, cuya extensión a los países con convenio sería una medida prudente que, aunque no exigida por la directiva, cabe perfectamente en el tenor literal de las dos reglas que regulan dicha cláusula.

Resta un aspecto incierto, a saber, la aplicación de la transparencia fiscal internacional en relación con un convenio bilateral que exima los dividendos. El último párrafo del informe final de la Acción 3 del proyecto BEPS, relativo a la transparencia fiscal internacional, no es nada alentador²³.

Este párrafo final puede ser entendido bien como la confirmación de que el método de exención rechaza la aplicación de la transparencia fiscal internacional o, simplemente, como una indicación de la conveniencia de que la renta imputable no se califique a modo de beneficio sino, más bien, en atención a su naturaleza o, cuando menos, a modo de categoría específica de renta, por cuanto así quedaría salvada la confrontación, al menos formalmente.

Los artículos 7 y 8 de la directiva antiabuso no abordan esta delicada cuestión. Los Estados miembros podrán, por consiguiente, adoptar el criterio que estimen pertinente. Ciertamente, a costa de padecer, más aún si cabe, la finalidad propia de la armonización.

Un caso, ampliamente difundido, de la relación entre los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional y la transparencia fiscal internacional lo proporcionó la sentencia Schneider (2002) del Consejo de Estado francés, la cual apreció, en relación con el artículo 209

la aplicación de la normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no es conforme al texto del apartado 1 del artículo 7 y el apartado 5 del artículo 10. Tampoco puede mantenerse esta interpretación cuando se leen estas disposiciones en su contexto. Por ello, aunque algunos países hayan considerado que es útil precisar expresamente en sus convenios que la normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no es contraria al Convenio, dicha precisión es innecesaria. Se reconoce que la normativa sobre transparencia fiscal internacional –CFC– que presenta esta configuración no contraviene las disposiciones del Convenio (nuevo comentario al art. 1)».

²³ «Los Estados deberían, por ello, revisar cuidadosamente las correspondientes normas de los convenios fiscales al diseñar las normas CFC a los efectos de garantizar que no están inopinadamente obligados a aplicar el método de exención a las rentas que ellos desean gravar bajo las normas CFC».

B del Code, relativo a la transparencia fiscal internacional francesa, la existencia de incompatibilidad. La nueva redacción de la normativa sobre transparencia fiscal internacional (2005), sobre la base de modificar la calificación de la renta imputable y la incorporación de la cláusula de escape de actividad económica, así como de la prueba de estructura artificiosa, distribuida entre la administración fiscal y el contribuyente según la naturaleza, cooperativa o no, de la jurisdicción fiscal concernida, parece haber superado la incompatibilidad, a tenor de ulteriores sentencias²⁴.

En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Supremo italiano de 16 de diciembre de 2015 ha confirmado la compatibilidad de las normas sobre transparencia fiscal internacional italianas con los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición, y con el ordenamiento comunitario, sobre la base de tomar en consideración la cláusula de actividad y la no desviación de rentas hacia entidades localizadas en jurisdicciones fiscales incursas en la lista negra²⁵.

3.9. RELACIÓN CON EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

La relación entre el ordenamiento comunitario y la transparencia fiscal internacional está recogida en la Sentencia de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, del Tribunal de Justicia²⁶. La sentencia despliega un conjunto de argumentos que pueden resumirse de la siguiente manera:

- La constitución de una entidad filial en otro Estado miembro para disfrutar de un régimen fiscal ventajoso no implica, necesariamente, un abuso de la libertad de establecimiento²⁷.
- La transparencia fiscal internacional trata peor a las entidades filiales no residentes por comparación con las residentes²⁸.

²⁴ GAOUA, N. y RIBEIRO, A.: «French CFC Legislation: An Illustration of Recovery from a "Tax Treaty Override" Situation», *European Taxation*, núm. 9, vol. 53, 2013.

²⁵ AVELLA, F. y MOLLICA, V.: «Italian Supreme Court Holds CFC Rules Are Compatible with EU Law and Tax Treaties», *European Taxation*, núm. 7, vol. 56, 2016.

²⁶ Asunto C-196/04 (NFJ023535): «Los artículos 43 CE y 48 CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la inclusión en la base imponible de una sociedad residente establecida en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado, a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado. Por consiguiente, la aplicación de esa medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros, que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada sociedad controlada está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas».

²⁷ «37. Por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que la circunstancia de que la sociedad se haya constituido en un Estado miembro con la finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable no es, por sí sola, suficiente para llegar a la conclusión de que existe un uso abusivo de dicha libertad [...]».

²⁸ «44. En efecto, cuando la sociedad residente haya constituido una SEC en un Estado miembro en el que esta esté sujeta a un nivel de tributación inferior en el sentido de la legislación sobre las SEC, los beneficios obtenidos por dicha

- Esa diferencia de trato determina una restricción a la libertad de establecimiento²⁹.
- La restricción está justificada, en la medida en que la transparencia fiscal internacional esté diseñada para superar los efectos derivados de los montajes puramente artificiales con finalidad de fraude o evasión fiscal³⁰.
- La constatación de la existencia de un montaje artificial debe realizarse mediante el examen de las circunstancias concurrentes. Debe descartarse la existencia de un montaje artificial cuando la entidad controlada se halle implantada en el Estado miembro de su residencia, de manera tal que realice actividades económicas efectivas³¹.
- A tal efecto, deben tomarse en consideración los medios humanos y materiales de los que disponga la entidad³².

sociedad controlada se atribuyen, en virtud de dicha legislación, a la sociedad residente, que tributa por esos beneficios. En cambio, cuando la sociedad controlada se haya constituido y tribute en el Reino Unido o en un Estado en el que no esté sujeta a un nivel de tributación inferior en el sentido de la citada legislación, esta última no es aplicable y, conforme a la legislación del Reino Unido relativa al impuesto de sociedades, la sociedad residente no tributa, en tales circunstancias, por los beneficios de la sociedad controlada».

- ²⁹ «46. Como alegan las demandantes en el asunto principal, Irlanda y la Comisión de las Comunidades Europeas, el distinto trato fiscal derivado de la legislación sobre las SEC y la desventaja de ello resultante para las sociedades residentes que disponen de una filial sujeta, en otro Estado miembro, a un nivel de tributación inferior pueden obstaculizar el ejercicio de la libertad de establecimiento por dichas sociedades, disuadiéndolas de crear, adquirir o mantener una filial en un Estado miembro en el que esta se encuentra sujeta a tal nivel de tributación. Constituyen así una restricción a la libertad de establecimiento en el sentido de los artículos 43 CE y 48 CE».
- ³⁰ «54. Habida cuenta de este objetivo de integración en el Estado miembro de acogida, el concepto de establecimiento, en el sentido de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento, implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en dicho Estado por una duración indeterminada [...] Por consiguiente, supone una implantación real de la sociedad de que se trate en el Estado miembro de acogida y el ejercicio de una actividad económica efectiva en este.
55. De ello se deduce que para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional».
- ³¹ «64. La constatación de la existencia de tal montaje exige en efecto, además de un elemento subjetivo que consiste en la voluntad de obtener una ventaja fiscal, que resulte de elementos objetivos que, a pesar de que se han respetado formalmente las condiciones previstas por el Derecho comunitario, no se ha alcanzado el objetivo perseguido por la libertad de establecimiento, tal y como aparece recogido en los apartados 54 y 55 de la presente sentencia [...].
65. En estas circunstancias, para que la legislación sobre las SEC sea conforme al Derecho comunitario, la aplicación del régimen de tributación previsto por la citada legislación debe quedar descartada cuando, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la constitución de una SEC responda a una realidad económica.
66. Dicha constitución ha de corresponderse con una implantación real que tenga por objeto la realización de actividades económicas efectivas en el Estado miembro de acogida, como se desprende de la jurisprudencia recordada en los apartados 52 a 54 de la presente sentencia».
- ³² «67. Como sugirieron el Gobierno del Reino Unido y la Comisión en la vista, dicha constatación debe basarse en elementos objetivos y verificables por terceros relativos, en particular, al nivel de existencia física de la SEC por lo que a locales, personal y equipos se refiere.

- En todo caso, debe ofrecerse al contribuyente de la transparencia fiscal internacional la posibilidad de probar que la entidad controlada realiza actividades económicas³³.

El núcleo del razonamiento del Tribunal de Justicia concerniente a la justificación de la transparencia fiscal internacional reside en la realización de actividades económicas, las cuales se manifiestan a través de locales, personal y equipos.

En el segundo párrafo del considerando 12) de la directiva antiabuso, se indica que *para respetar las libertades fundamentales, conviene combinar las categorías de rentas previstas con una exclusión sustancial destinada a limitar, dentro de la Unión, el impacto de las normas a los casos en que la SEC de que se trate no realice una actividad económica de importancia*.

La directiva antiabuso confía a la cláusula de actividad, esto es, a la inaplicación de la imputación respecto de la renta obtenida en el curso de la realización de actividades económicas substanciales, la adecuación de la transparencia fiscal internacional al ordenamiento comunitario.

La cláusula de actividad, de aplicación obligatoria en el ámbito de la Unión Europea en relación con las rentas de la letra a), responde perfectamente al tenor de la sentencia *Cadbury Schweppes*, asunto C-196/04 (NFJ023535), sin que su no aplicación a las rentas de la letra b) deba causar incomodidad alguna, habida cuenta que las mismas derivan de mecanismos falseados.

La transparencia fiscal internacional española no se aplica, en relación con el ámbito de la Unión Europea, cuando el contribuyente acredite que la constitución de la entidad no residente obedece a motivos económicos válidos y que realiza actividades económicas (art. 100.16 Ley 27/2014).

Como quiera que la libertad afectada sea la de establecimiento, la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia debe ser tomada en consideración cuando la entidad controlada resida o el establecimiento permanente se halle ubicado, respectivamente, en un Estado miembro, pero no en un Estado tercero. Con todo, lo aconsejable es extender la cláusula de actividad, respecto de rentas de la letra a), cuando medie un convenio bilateral para eliminar la doble imposición, para evitar roces con el principio de no discriminación.

68. Si de la verificación de tales elementos se dedujese que la SEC constituye una implantación ficticia que no ejerce ninguna actividad económica efectiva en el territorio del Estado miembro de acogida, debería considerarse que la creación de dicha SEC tiene el carácter de un montaje puramente artificial. Así podría suceder, en particular, en el caso de una filial "fantasma" o "pantalla" [...].

69. En cambio, como ha señalado el Abogado General en el punto 103 de sus conclusiones, la circunstancia de que las actividades correspondientes a los beneficios de la SEC podrían además haber sido realizadas por una sociedad establecida en el territorio del Estado miembro en el que se encuentra implantada la sociedad residente no puede permitir llegar a la conclusión de que existe un montaje puramente artificial».

³³ «70. Debe ofrecerse a la sociedad residente, que es la mejor situada al efecto, la posibilidad de aportar elementos relativos a la realidad de la implantación de la SEC y al carácter efectivo de las actividades de esta».

3.10. MODIFICACIONES DE LA TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL QUE DEBERÁ ACOMETER EL LEGISLADOR ESPAÑOL

Seguidamente se efectúa un esbozo, bajo la hipótesis de que el legislador español desee mantener el nivel de protección actual. No se abordan, por tanto, las materias en las que no será preciso efectuar modificación alguna como son, básicamente, las concernientes al control, al régimen fiscal privilegiado y a la liquidación de la transparencia fiscal internacional.

3.10.1. Rentas afectadas

Aun cuando se puede trazar una correspondencia bastante ajustada entre las rentas tipificadas en el artículo 7.2 a) de la directiva antiabuso y las tipificadas en el artículo 100.3 de la Ley 27/2014, hay algunas divergencias entre los dos elencos que el legislador español habrá de superar. En este sentido, deberá:

- Incorporar las rentas del arrendamiento financiero.
- Incorporar las rentas procedentes de actividades de seguros, actividades bancarias u otras actividades financieras.
- Incorporar las rentas derivadas de operaciones vinculadas en las que la entidad no residente añada escaso valor.
- Suprimir las normas que permiten la exclusión de ciertos dividendos e intereses.

Por el contrario, la renta del artículo 7.2 b) de la directiva antiabuso no estará obligado a incorporarla, por cuanto la misma tiene carácter alternativo respecto de la renta tipificada en la letra a), siendo esta última la que mejor se aviene a los criterios tradicionales de la transparencia fiscal internacional española.

Así pues, el elenco de las rentas tipificadas está llamado a aumentar significativamente.

Sin embargo, no es de esperar que el legislador español sujete a la transparencia fiscal internacional las rentas de las entidades de crédito, aseguradoras y financieras, pues uno de los designios del legislador de la Ley 42/1994, respetado por el de la Ley 27/2014, fue no afectar a las rentas derivadas de actividades empresariales. Lo propio cabe decir en relación con las rentas del arrendamiento financiero pues, por lo común, se obtienen en el curso de la realización de actividades económicas. La solución técnica consistirá, probablemente, en incorporar, en toda su amplitud, la cláusula de actividad económica.

El espectro de los dividendos afectados se ensanchará tras la transposición, puesto que la directiva antiabuso no contiene ninguna excepción respecto de los mismos, en tanto que la Ley

27/2014 excluye de la imputación a aquellos en los que concurre una nota empresarial (art. 100.3 b) 1.º, 3.º y 4.º) o que derivan de una participación significativa (art. 100.4). Los de matiz empresarial podrán ser recortados por la cláusula de actividad económica, y también los que derivan de una participación significativa mantenida con la finalidad de dirigir y gestionar las actividades de la entidad participada, según quedó expuesto en el apartado correspondiente al análisis de la cláusula de actividad, lo que supone una implicación en las actividades de la entidad participada que rebasa la mera finalidad de *dirigir y gestionar la participación* del artículo 100.4 de la Ley 27/2014, de manera tal que, en este punto, la directiva antiabuso es más exigente que la transparencia fiscal internacional española.

No obstante, el efecto práctico de esa mayor exigencia, a la que deberá atender el legislador español en su tarea de transposición carecerá, por lo general, de efectos prácticos, habida cuenta del juego conjunto de la regla de determinación del importe de la renta de acuerdo con las normas del impuesto sobre sociedades que recae sobre el contribuyente y de la exención del artículo 21 de la Ley 27/2014.

Con los intereses acontece algo similar, pues la directiva antiabuso no contiene excepción alguna, en tanto que la Ley 27/2014 excluye de la imputación a los derivados de operaciones de financiación intragrupo de actividades empresariales realizadas por entidades no residentes en territorio español. Una vez más la cláusula de actividad económica podría ser el remedio.

En cuanto a las rentas derivadas de operaciones vinculadas, la mayor parte de los supuestos estarán comprendidos en el artículo 100.2, mas como quiera que su párrafo tercero, relativo a la idoneidad sanadora de los medios humanos y materiales de otra entidad no residente en territorio español perteneciente al mismo grupo mercantil en el sentido del artículo 42 del Código de Comercio, lo debilita inopinadamente, en relación con este tipo de renta habrá de producirse una nueva tipificación. No obstante, se trata de un supuesto absolutamente residual, por cuanto la aplicación del principio de libre concurrencia del artículo 18 de la Ley 27/2014 es la vía preferente para sujetar a tributación estas rentas.

3.10.2. Las cláusulas de escape

Todas las cláusulas de escape tienen carácter optativo. Los Estados miembros pueden transponerlas, o no. Sin embargo aquellos que tipifiquen las rentas de la letra a), necesariamente deberán incorporar la denominada cláusula de actividad económica, anteriormente comentada, respecto de las entidades controladas residentes en algún EEE.

El artículo 100.16 de la Ley 27/2014 contiene una norma semejante a la cláusula de actividad económica, pero la proyecta solamente respecto de los Estados miembros de la Unión Europea. Por otra parte, en orden a impedir la imputación, dicha norma exige, además de la demostración de la realización de actividades económicas, la acreditación de motivos económicos válidos. Esta exigencia podría ser contraria a la doctrina que se desprende de *Cadbury Schweppes*.

3.10.3. La inversión colectiva

Debido a las normas que regulan la actividad de las instituciones de inversión colectiva, es improbable que puedan ser contribuyentes de la transparencia fiscal internacional. Igualmente debido a esas normas, es improbable que puedan ser consideradas como entidades no residentes controladas. En efecto, ni la institución de inversión colectiva es apta para controlar ni para ser controlada. Sin embargo, no pueden descartarse absolutamente tales casos.

Respecto de los mismos cabe indicar, en el ámbito de la legislación española, que se aplicarán preferentemente las normas concernientes a la tributación de las instituciones de inversión colectiva y de sus socios o partícipes (capítulo V del título VII Ley 27/2014), de manera tal que solamente cabrá, en su caso, la imputación en régimen de transparencia fiscal internacional en relación con la participación en instituciones de inversión colectiva extranjeras no comunitarias (art. 100.16 Ley 27/2014).

Dicho esto, debe repararse, de una parte, en que los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva en cualquier momento pueden disponer de las rentas acumuladas en sede de las mismas, exigiendo el reembolso de su participación y, de otra, que las instituciones de inversión colectiva, de ordinario, o no están sujetas a tributación o lo están de manera simbólica.

Si uno de los objetivos de la transparencia fiscal internacional, tal vez el original, es evitar el diferimiento inmoderado en la tributación de las rentas del capital, es claro que los socios o partícipes de las instituciones de inversión colectiva debieran tributar por el sistema de imputación.

En España, desde 1952, las instituciones de inversión colectiva han disfrutado de exención o de una tributación simbólica, actualmente al 1 % (art. 29.4 Ley 27/2014), en tanto que sus socios o partícipes tributan cuando decidan reembolsar la participación (título VII del capítulo V Ley 27/2014; título X, sección 6.ª, Ley 35/2006). Este régimen fiscal procura un diferimiento indefinido de la tributación de las rentas del capital obtenidas por las instituciones de inversión colectiva que, en la práctica, aprovechan con mayor intensidad los titulares de los grandes patrimonios.

La directiva antiabuso no entra en esta materia. Por tanto, con ocasión de su transposición, ninguna modificación deberá acometer el legislador fiscal. Sin embargo, es claro que la filosofía que subyace a la transparencia fiscal internacional choca, de frente, con el régimen actualmente vigente en España, no de las instituciones de inversión colectiva, ya que en cuanto estructuras fiduciarias es correcta su tributación simbólica por el impuesto sobre sociedades, sino de sus socios o partícipes.

4. CONCLUSIONES

- **Primera.** La armonización de la transparencia fiscal internacional constituye un éxito político de la Comisión, ya que se trata de una materia delicada respecto

de la que los Estados miembros han venido manteniendo puntos de vista diferentes³⁴.

- **Segunda.** La unanimidad de los Estados miembros para la implantación de la transparencia fiscal internacional solo puede explicarse, dejando de lado la presión de la opinión pública, porque tal y como ha quedado configurada, en particular considerando la tipificación de las rentas afectadas y las cláusulas de escape, permitirá a los más renuentes, como pueden ser Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, establecer una normativa muy poco exigente, de manera tal que las entidades que se implanten en los mismos no quedarán efectivamente afectadas, en cuanto contribuyentes. En este sentido, la materialidad de la función armonizadora ha quedado desmerecida³⁵.
- **Tercera.** La piedra de toque de la fortaleza de la transparencia fiscal internacional que establezcan los distintos Estados miembros radica en la elección de la renta afectada y en la cláusula de actividad. La renta de la letra b) se sitúa, realmente, extramuros de la transparencia fiscal internacional. La renta de la letra a) sí es propia de la transparencia fiscal internacional, pero si bajo el concepto de actividad económica de importancia caben las de tipo *holding*, tenencia de intangibles, gestión de activos financieros, prestación de servicios de apoyo a la gestión para las entidades del grupo y asimiladas, a poco que medie una incipiente organización, la transparencia fiscal internacional quedará muy diluida. Tanto o más importante que los diferentes textos legislativos será la forma en cómo las distintas administraciones fiscales los apliquen.
- **Cuarta.** La eficacia de la transparencia fiscal internacional quedará menguada si no puede aplicarse frente a los Estados terceros con los que medie un convenio bilateral para eliminar la doble imposición que contenga el método de exención de dividendos.
- **Quinta.** En términos generales, la transparencia fiscal internacional española responde a las rentas tipificadas en la letra a), de manera tal que la transposición al ordenamiento interno no obligará a modificaciones de calado.

³⁴ RIGAUT, A.: «Anti-Tax Avoidance Directive (2016/1164): New EU Policy Horizons», *European Taxation*, núm. 11, vol. 56, 2016.

³⁵ CALDERÓN CARRERO, J. M.: La aprobación por el Ecofin de la directiva UE frente a la elusión fiscal del Impuesto sobre Sociedades. «[...] la directiva ATAD no termina de cumplir uno de sus principales objetivos [...] ya que cada Estado miembro puede graduar de forma sustantiva el alcance del principal instrumento anti-elusión fiscal que establece la Directiva [...]».